

# El derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional

Tesis Doctoral

Nahuel Maisley

Director: Emiliano J. Buis

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA)  
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)

14 de noviembre de 2018



*A mi mamá, Sara,  
que me enseñó que hay pequeñas cosas que,  
repetidas en lugares y momentos,  
pueden cambiar el mundo.*



# ÍNDICE

<b>ÍNDICE</b>	<b>V</b>
<b>TABLA DE CONTENIDOS</b>	<b>VII</b>
<b>AGRADECIMIENTOS</b>	<b>XV</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>Capítulo 1: Democracia global y derecho internacional: la pregunta por el derecho de la sociedad civil a participar en la creación de normas internacionales</b>	<b>3</b>
<b>PARTE I: METODOLOGÍA – ARGUMENTACIÓN CONSTRUCTIVA EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL</b>	<b>43</b>
<b>Capítulo 2: Los problemas de las aproximaciones clásicas a la interpretación del derecho internacional</b>	<b>45</b>
<b>Capítulo 3: Una mirada alternativa: el derecho internacional como argumentación constructiva</b>	<b>99</b>
<b>PARTE II: DERECHO - LAS FUENTES DEL DERECHO DE LA SOCIEDAD CIVIL A PARTICIPAR EN LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL</b>	<b>137</b>
<b>Capítulo 4: La fuente convencional del derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional: el artículo 25(a) del PIDCyP y el derecho humano a participar en la dirección de los asuntos públicos</b>	<b>139</b>
<b>Capítulo 5: El derecho consuetudinario de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional: acceso, garantías y voz</b>	<b>177</b>
<b>Capítulo 6: El principio de participación como un principio general de derecho</b>	<b>229</b>
<b>PARTE III: MORAL Y POLÍTICA - FUNDAMENTOS NORMATIVOS PARA LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL</b>	<b>255</b>
<b>Capítulo 7: La legitimidad democrática del derecho internacional como criterio interpretativo</b>	<b>257</b>
<b>Capítulo 8: El derecho a la participación de la sociedad civil como ideal democrático (y la representación como mal necesario)</b>	<b>301</b>
<b>Capítulo 9: Solidaridad y temor: los fundamentos emocionales de la democracia global</b>	<b>361</b>
<b>CONCLUSIÓN: EL DERECHO DE LA SOCIEDAD CIVIL A PARTICIPAR EN LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL</b>	<b>381</b>
<b>Capítulo 10: Entre la apología y la utopía: democracia global, derecho internacional y el derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional</b>	<b>383</b>

<b>ANEXO 1: RESULTADOS DEL ESTUDIO DE LAS REGLAS DE PROCEDIMIENTO RESPECTO DE LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA CREACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CAPÍTULO 5)</b>	<b>393</b>
<b>ANEXO 2: TABLA DE RESULTADOS DEL ESTUDIO PARA EL MÉTODO COMPARATIVO (CAPÍTULO 6)</b>	<b>409</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>415</b>
<b>JURISPRUDENCIA</b>	<b>489</b>

# TABLA DE CONTENIDOS

<b>ÍNDICE</b>	<b>V</b>
<b>TABLA DE CONTENIDOS</b>	<b>VII</b>
<b>AGRADECIMIENTOS</b>	<b>XV</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>Capítulo 1: Democracia global y derecho internacional: la pregunta por el derecho de la sociedad civil a participar en la creación de normas internacionales</b>	<b>3</b>
I. Los antecedentes de la tesis: Estado de la cuestión	8
1. La noción de “sociedad civil”	8
2. La normativa relevante en la materia	10
3. La interpretación de las normas: posiciones actuales sobre el derecho de la sociedad civil a participar en la creación de derecho internacional	13
II. La relevancia de la tesis: derecho internacional, democracia y justicia global	19
1. La relevancia del tipo de pregunta de la tesis: por qué interpretar el derecho internacional desde la academia	19
2. La relevancia de la pregunta que plantea la tesis: del derecho internacional a la democracia y la justicia global	23
2.1. El derecho a la participación y la democracia global	24
2.2. El derecho a la participación y la justicia global	30
III. Las preguntas y los argumentos de la tesis: filosofía del derecho, derecho internacional y filosofía política	33
1. Filosofía del derecho: la pregunta por el método de interpretación del derecho internacional	34
2. Derecho internacional: la pregunta preinterpretativa por las fuentes del derecho a la participación	36
3. Filosofía política: la pregunta sobre el rol de la sociedad civil en relación a la creación del derecho internacional	38
4. El derecho internacional, entre la apología y la utopía: la pregunta por el derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional	41
<b>PARTE I: METODOLOGÍA – ARGUMENTACIÓN CONSTRUCTIVA EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL</b>	<b>43</b>
<b>Capítulo 2: Los problemas de las aproximaciones clásicas a la interpretación del derecho internacional</b>	<b>45</b>
I. Las aproximaciones clásicas y la perspectiva del hecho evidente	49

1. Las miradas clásicas sobre los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados	50
1.1. Las escuelas clásicas de interpretación de tratados	52
1.1.1. La escuela <i>textualista</i>	52
1.1.2. La escuela <i>intencionalista</i>	57
1.1.3. La escuela <i>teleológica</i>	63
1.2. Conclusión: las escuelas clásicas de interpretación de tratados frente al desacuerdo	69
2. Las reglas de identificación de la costumbre internacional	70
2.1. Las aproximaciones clásicas a la identificación e interpretación de la costumbre internacional	75
2.1.1. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia respecto de la identificación de reglas de costumbre internacional	75
2.1.2. Los informes de la Comisión de Derecho Internacional sobre identificación de normas de derecho internacional consuetudinario	84
2.2. Conclusión: las aproximaciones clásicas a la costumbre internacional y el hecho del desacuerdo	90
3. ¿Reglas para la interpretación de otras fuentes del derecho internacional?	92
II. Conclusión: Los problemas (o el problema) de las aproximaciones clásicas	93
<b>Capítulo 3: Una mirada alternativa: el derecho internacional como argumentación constructiva</b>	<b>99</b>
I. Desacuerdo normativo y discurso moral: una aproximación constructiva a la interpretación del derecho internacional	108
1. Los fundamentos: Bases teóricas para una interpretación constructiva del derecho internacional	111
1.1. La práctica argumentativa del discurso moral como parte indispensable de la interpretación en derecho internacional	111
2. El método: Etapas de una interpretación constructiva del derecho internacional	115
2.1. Discurso moral y costumbre internacional	116
2.2. Discurso moral e interpretación de tratados: una reconstrucción de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena	118
II. Desacuerdo normativo sin discurso moral: algunas respuestas a las críticas del positivismo normativo a la interpretación constructiva del derecho internacional	120
1. Los problemas de los argumentos tradicionales del positivismo normativo cuando se los aplica al derecho internacional	122
1.1. La amenaza de quietismo respecto de los materiales jurídicos	122



1.2. La amenaza de quietismo respecto del sistema jurídico	124
1.3. La amenaza del imperialismo judicial	127
1.4. La amenaza de la reforma antidemocrática	129
1.5. El riesgo de no lograr coordinación	130
2. Los problemas de los argumentos del positivismo normativo internacional	132
2.1. La imposibilidad de probar la existencia de valores compartidos	132
2.2. La protección de los débiles frente a los poderosos y el riesgo del imperialismo	134
3. Conclusión	135
<b>PARTE II: DERECHO - LAS FUENTES DEL DERECHO DE LA SOCIEDAD CIVIL A PARTICIPAR EN LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL</b>	<b>137</b>
<b>Capítulo 4: La fuente convencional del derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional: el artículo 25(a) del PIDCyP y el derecho humano a participar en la dirección de los asuntos públicos</b>	<b>139</b>
I. Una interpretación del artículo 25(a) del PIDCyP	140
1. Los elementos empíricos: por qué el artículo 25(a) <i>puede</i> ser interpretado como aplicable a la esfera internacional	141
1.1. “Conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”	141
1.2. Considerando los términos “en el contexto de éstos”	146
1.3. Considerando “la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado”	148
1.3.1. La práctica de los Estados ulterior al PIDCyP	148
1.3.2. La práctica como una aplicación del tratado	153
1.4. Considerando “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”	154
2. Los elementos normativos: por qué el artículo 25(a) <i>debería</i> ser interpretado como aplicable a la esfera internacional	161
II. Del “si” al “cómo”: el derecho humano a participar en la creación de derecho internacional	166
1. Del individuo a las organizaciones de la sociedad civil	167
2. Procedimientos de acreditación	169
3. Voz, pero no voto	172
4. Participación en la creación de derecho internacional informal	175
III. Conclusión: el artículo 25(a) del PIDCyP y el derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional como un derecho humano	175

**Capítulo 5: El derecho consuetudinario de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional: acceso, garantías y voz** 177

I. El contenido propuesto del derecho: acceso, garantías y voz 179

II. El estudio: acceso, garantías y voz para las organizaciones de la sociedad civil en la práctica de la comunidad internacional 184

1. Un derecho general de acceso 187

1.1. Disponibilidad de oportunidades de acceso 187

1.2. Existencia de un procedimiento formal de acreditación para las organizaciones de la sociedad civil 190

2. Garantías para la participación 195

2.1. Garantías de acceso a los edificios e instalaciones 196

2.2. Garantías de acceso a reuniones 197

2.3. Garantías de acceso a la documentación 198

2.4. Garantías de acceso a financiamiento 199

3. Derecho a tener una voz significativa en los procedimientos 201

3.1. El derecho a presentar argumentos orales 202

3.2. El derecho a presentar argumentos escritos 205

III. El análisis de la práctica: una regla y un principio de derecho internacional consuetudinario 209

1. Un análisis de la práctica y la *opinio juris* específica 210

1.1. Una práctica generalizada y uniforme 211

1.1.1. Una práctica general 213

1.1.2. Una práctica uniforme 214

1.1.3. Una práctica duradera 219

1.2. Aceptada como derecho 219

1.2.1. Las propias reglas de procedimiento como evidencia de la creencia 221

1.2.2. Otros pronunciamientos de los Estados respecto de la participación de la sociedad civil en la creación de derecho internacional 222

1.2.3. Un análisis de los descargos de responsabilidad incluidos en algunas reglas de procedimiento 224

2. Un análisis alternativo: un derecho “programático” 225

**Capítulo 6: El principio de participación como un principio general de derecho** 229

I. Principios generales de derecho público: derecho administrativo global, constitucionalismo global, y autoridad pública internacional 230

II. El principio de participación como un principio general de derecho en los términos del artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ	233
1. El método comparativo	235
1.1. Una generalización a partir de normas nacionales: el principio de participación	236
1.2. El estudio comparativo: el principio de participación en la legislación nacional de los Estados	239
1.2.1. Reconocimiento del pueblo como fuente última de autoridad	240
1.2.2. Ratificación del artículo 25(a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	241
1.2.3. Garantías de libertad de expresión respecto de asuntos públicos	242
1.2.4. Libertad de asamblea y asociación	242
1.2.5. Derecho a peticionar a las autoridades, a protestar públicamente o a la iniciativa legislativa	243
1.2.6. Análisis general	243
1.3. El traslado del principio a la esfera internacional: el principio de participación y el rol de los individuos en la creación del derecho internacional	244
2. El método esencialista	249
2.1. El método	249
2.2. El principio de participación como esencial para la existencia de un sistema jurídico	250
III. El principio de participación y la controversia interpretativa respecto del derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional	251

### **PARTE III: MORAL Y POLÍTICA - FUNDAMENTOS NORMATIVOS PARA LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL 255**

#### **Capítulo 7: La legitimidad democrática del derecho internacional como criterio interpretativo 257**

I. La presunción: la legitimidad de toda norma jurídica depende de que haya sido creada a través de procedimientos democráticos	258
II. Las objeciones: ¿se aplica la presunción general al derecho internacional?	266
1. Los individuos como sujetos últimos del derecho nacional y del derecho internacional	267
1.1. Los problemas de la concepción estatista del derecho internacional	267
1.2. Los problemas de la concepción basada en “los pueblos” de John Rawls	272

2. El derecho internacional como resultado de decisiones “públicas”, que generan exigencias de legitimidad democrática	275
2.1. La búsqueda de un principio para identificar las decisiones “públicas”	280
2.1.1. El principio de “todas y todos los afectados”	280
2.1.2. El principio de “todas y todos los sujetos”	286
2.1.3. Un principio convergente	293
2.2. La legitimidad del derecho internacional a la luz del principio convergente	294
2.2.1. Un concepto amplio de las “fuentes de derecho internacional”	294
2.2.2. Un concepto plural de los “sujetos de derecho internacional”	297
<b>Capítulo 8: El derecho a la participación de la sociedad civil como ideal democrático (y la representación como mal necesario)</b>	<b>301</b>
I. El principio de autogobierno democrático: la participación como ideal, y la representación como mal necesario	303
1. La participación como ideal	303
2. Respuestas a las y los representativistas	309
2.1. La defensa clásica de la representación	309
2.1.1. Razones “elitistas”	309
2.1.2. Los argumentos de la división del trabajo	310
2.2. La defensa participativa de la representación	315
2.2.1. La representación como un proceso no concluyente	316
2.2.2. El argumento de la separación temporal	317
3. El ideal en el mundo real: la democracia deliberativa	318
II. La participación de la sociedad civil en la creación del derecho internacional como exigencia del ideal de autogobierno democrático	324
1. Con la representación no alcanza: los problemas de las soluciones representativas al déficit democrático del derecho internacional	325
1.1. El modelo “estatista” o “intergubernamental”	325
1.2. La “democracia cosmopolita”	331
2. Delineando una democracia deliberativa global: el rol de la sociedad civil, entre la participación y la representación	333
2.1. Los roles <i>contestatario</i> y <i>propositivo</i> de la sociedad civil en la democracia deliberativa global	340
2.2. El derecho de la sociedad civil como parte de una “red constitucional”	345
2.3. Cuatro críticas al reconocimiento de un derecho de la sociedad civil	348

2.3.1. Las organizaciones de la sociedad civil no son representativas de quienes pretenden representar	348
2.3.2. El derecho a la participación abre las puertas a mayor influencia de grupos de interés	354
2.3.3. ¿Quiénes son, específicamente, los que pueden participar?	355
2.3.4. El derecho a la participación de un colectivo como “la sociedad civil” es problemático desde el individualismo normativo	357
III. Conclusión	359
<b>Capítulo 9: Solidaridad y temor: los fundamentos emocionales de la democracia global</b>	<b>361</b>
I. Solidaridad y democracia global	365
1. Por qué la solidaridad global <i>no es imposible</i> : respuestas cosmopolitas a cinco desafíos particularistas	365
1.1. El tamaño de una potencial comunidad política global impediría que las personas se conocieran y desarrollaran lazos de solidaridad	366
1.2. La heterogeneidad cultural del mundo y la ausencia de valores comunes globales impiden la solidaridad global	369
1.3. La ausencia de un lenguaje compartido impide que exista un diálogo democrático global	371
1.4. Las diferencias de poder y las diferencias económicas en el mundo son demasiado grandes como para que exista un grado suficiente de solidaridad global	371
1.5. La falta de un “otro” impide que la humanidad sea considerada una comunidad política	372
2. Por qué la solidaridad global <i>es posible</i> : dos argumentos cosmopolitas	373
2.1. El argumento institucional	374
1.2. El argumento empírico	375
II. Necesidad, temor y democracia global	375
III. Conclusión	378
<b>CONCLUSIÓN: EL DERECHO DE LA SOCIEDAD CIVIL A PARTICIPAR EN LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL</b>	<b>381</b>
<b>Capítulo 10: Entre la apología y la utopía: democracia global, derecho internacional y el derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional</b>	<b>383</b>
<b>ANEXO 1: RESULTADOS DEL ESTUDIO DE LAS REGLAS DE PROCEDIMIENTO RESPECTO DE LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA CREACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CAPÍTULO 5)</b>	<b>393</b>
1. Conferencias multilaterales de creación de tratados	393

2. Creación de derecho internacional dentro de organizaciones internacionales (incluyendo adopción de tratados, creación de derecho internacional institucional, y establecimiento de práctica para el surgimiento de costumbre internacional)	397
3. Creación de derecho internacional en conferencias internacionales en las que no se negociaban tratados	401
4. Creación de derecho por conferencias de las partes de tratados	404
5. Creación de derecho internacional informal	408
<b>ANEXO 2: TABLA DE RESULTADOS DEL ESTUDIO PARA EL MÉTODO COMPARATIVO (CAPÍTULO 6)</b>	<b>409</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>415</b>
<b>JURISPRUDENCIA</b>	<b>489</b>

## AGRADECIMIENTOS

Esta tesis es el resultado de cinco años de trabajo, financiados por una beca doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET) y por diversos programas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Mi primer agradecimiento, entonces, es para el sistema de ciencia y de educación pública argentina, sin el cual esta tesis no hubiera sido posible.

A lo largo de estos años, presenté versiones preliminares de algunos de los capítulos en eventos organizados, entre otras, por la Universidad de Buenos Aires, la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF), el Centro de Investigaciones Filosóficas (CIF), la Universidad de Palermo, la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, la European Society of International Law, la American Society of International Law, el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Comparado (Heidelberg, Alemania), la International Law Association, la Universidad Autónoma de Madrid (España), la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España), la Universidad de British Columbia (Vancouver, Canadá), la Universidad de Yale (Estados Unidos), la Universidad de Nueva York (Estados Unidos), la Universidad Torcuato Di Tella, y la Universidad de Chile. En esos (y otros) encuentros, tuve la fortuna de compartir mis ideas con personas brillantes y generosas, que me ayudaron a pensar estas temáticas en otra luz. Sería imposible mencionarlas a todas ellas, pero quiero agradecer especialmente a Ercilia Aden, Natasha Affolder, Odile Ammann, Lucas Barreiros, Juan Carlos Bayón, Gustavo Beade, Delfina Beguerie, Paola Bergallo, María Castellanos, Alejandro Chehtman, Vladimir Chorny, Gráinne de Búrca, Carlos Espósito, Tomás Fernández Fiks, Brian Frenkel, Sabrina Frydman, Paula Gaido, Javier Gallego Saade, Francisco García Gibson, Facundo García Valverde, María Victoria Gama, Roberto Gargarella, Mariano Garreta Leclercq, Laura Giosa, Leopoldo Godio, Sebastián Green Martínez, Jenya Grigorova, Sebastián Güidi, Alonso Gurmendi, Martín Hevia, Rob Howse, Belén Ibáñez, Marisa Iglesias Vila, María Victoria Inostroza, Patricio Kenny, Benedict Kingsbury, Marcos Kotlik, Indira Latorre, Isaías Losada Revol, Natalia Luterstein, José Luis Martí, Ignacio Mastroleo, Paul Mertenskötter, Sally E. Merry, Karin Mickelson, Julio Montero, Ezequiel Monti, Mariela Morales Antoniazzi, José Juan Moreso, Liam Murphy, Juan Nascimbene, Martín Oliveira, Federico Orlando, Magda

Pacholska, Franco Peirone, Jorge Peniche, Anne Peters, Nicolás Perrone, Mónica Pinto, Francisco José Quintana, Sabrina Ragone, Silvina Ramírez, Felipe Rey Salamanca, Graham Reynolds, Eduardo Rivera López, Liliana Ronconi, Andrés Rosler, Julián Rotenberg, Phattharaphong Saengkrai, Fernando de los Santos Menéndez, Florencia Saulino, Juan Pablo Scarfi, Hugo Seleme, Ezequiel Spector, Dominique Steinbrecher, Richard Stewart, Thomas Streinz, Paloma Szerman, Ruti Teitel, Stephen Toope, Justina Uriburu, Jonatan Valenzuela, Johann Justus Vasel, Marina Velasco, Stefan Vogenauer, Jeremy Waldron, Joseph Weiler, Allen S. Weiner, Anahí Wiedenbrug, y Nathan Yaffe. Por supuesto, nada de todo lo malo que (seguramente) tiene esta tesis es responsabilidad de ellas y ellos, sino más bien todo lo contrario.

Durante estos cinco años, realicé tres estancias de investigación que marcaron de forma decisiva el curso de la tesis, y por las que estoy enormemente agradecido. La primera fue en la Universidad Pompeu Fabra, en 2015, gracias a la generosidad de José Luis Martí. La segunda fue en 2016, en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Comparado, gracias a la oportunidad brindada por su directora, Anne Peters. Y la tercera y última, la más larga, fue en la Universidad de Nueva York, gracias al programa Hauser Global Scholarships y a Benedict Kingsbury. A todos ellos, gracias.

Una de las grandes fortunas que tuve en la vida, por la que estaré siempre agradecido, fue cruzarme con quienes fueron mi director y codirector (ante el CONICET) de esta tesis, Emiliano Buis y Marcelo Alegre. Emiliano y Marcelo son las personas ideales para guiar un proyecto de este tipo: su conocimiento, lucidez e inteligencia solamente son superados por su sensibilidad, empatía y bondad. Ellos son mis maestros, mis mentores, mis modelos a seguir. Infinitas gracias por acompañarme y enseñarme, siempre.

Por último, esta tesis -que fue en cierta medida mi vida durante los últimos cinco años- no hubiera sido posible sin el apoyo de mis amigos y mi familia. Gabriel, Luciano y Leandro me sufrieron hablando de este proyecto en más ocasiones de las que recuerdo. Mis suegros, Rosana y Edgardo, estuvieron siempre presentes. Mi zeide falleció unos días después de que comenzara a escribir esta tesis, y mi bobe cuando la estaba promediando, pero su amor fue un amuleto que me acompañó a lo largo de todo el proceso. Mis tías y mis primos -especialmente Marina, Clarisa, Nir y Yanel- estuvieron siempre a mi lado, particularmente en los momentos más difíciles. Mi hermana, Ayelén, es un apoyo indispensable para todos los proyectos de mi vida, incluido este. Mi papá, Pancho, es el



responsable de todos mis logros y el soporte y la razón de todo lo que hago. Mi esposa, Joy, es lo mejor que me pasó en la vida: es la palabra, la sonrisa, el abrazo que necesito, cuando los necesito. Es mi sostén, es mi compañera. Mi gratitud y mi amor a todos ellos es infinito.

Pero esta tesis está dedicada a mi mamá, Sara, que sería la persona más orgullosa del mundo en este día, si ese cáncer no se la hubiera llevado hace unos meses. Su inspiración, su ejemplo y su amor están detrás de cada palabra que escribí, su recuerdo es la fuerza que me impulsa para seguir adelante. Ojalá esta tesis esté a la altura de lo que me dejó como su mejor legado: la certeza de que de a poco, con muchas pequeñas acciones en la dirección correcta, podemos hacer del mundo un lugar un poco mejor.



*“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.”*

*- Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 28*



# **INTRODUCCIÓN**



## **CAPÍTULO 1: DEMOCRACIA GLOBAL Y DERECHO INTERNACIONAL: LA PREGUNTA POR EL DERECHO DE LA SOCIEDAD CIVIL A PARTICIPAR EN LA CREACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES**

El 30 de septiembre de 2015, tres policías ingresaron al lobby del Hotel Westin de la ciudad de Atlanta, en Estados Unidos, y arrestaron a Zahara Heckscher. Cuando los agentes le tomaron los brazos para colocarle las esposas, Zahara tuvo que dejar en el piso el papel que estaba leyendo, pero prosiguió con su discurso: “permaneceré aquí hasta que me arrastren afuera; no me voy a ir de aquí hasta poder reunirme con el representante de comercio de los Estados Unidos y discutir la cláusula secreta del TPP que prevé una pena de muerte para pacientes de cáncer como yo”<sup>1</sup>. Además de hablar, Zahara se expresaba a través de su remera, en la que se leía la frase “*Tengo cáncer. No puedo esperar 8 años*”, y a través de un porta-suero móvil (del tipo que se utilizan para los tratamientos de quimioterapia), en el que había colocado un cartel con la inscripción “*TPP: No frenen mi terapia intravenosa*”. Mientras los policías se la llevaban esposada en medio de una pequeña multitud reunida a su alrededor, Zahara proseguía: “es una pena de muerte para mujeres con cáncer, para varones con cáncer, para niños con cáncer alrededor del mundo. Debemos mantener las drogas biológicas accesibles para todos: no a la cláusula de pena de muerte del TPP, no a la cláusula de pena de muerte del TPP, no a la cláusula de pena de muerte del TPP”<sup>2</sup>.

La “cláusula de pena de muerte” a la que Zahara se refería era alguna del capítulo sobre propiedad intelectual del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (Trans-Pacific Partnership, TPP), que estaba siendo negociado algunos pisos más arriba, en ese mismo hotel. Zahara no podía precisar cuál era el artículo que consideraba problemático porque el texto en discusión era todavía secreto: lo único que se conocía públicamente, hasta ese entonces, eran algunos punteos oficiales, y una serie de

---

<sup>1</sup> Los videos están disponibles en TradeActivists, *Breast cancer patient arrested protesting to protect access to medicines at Atlanta TPP negotiations* (30 de septiembre de 2015), <https://youtu.be/ENpMpf2TMhg>, [https://youtu.be/3CO\\_hU6Wz5g](https://youtu.be/3CO_hU6Wz5g), y <https://youtu.be/pO6hr32Yr-8>.

<sup>2</sup> *Ibid.*

documentos publicados por Wikileaks<sup>3</sup>. Lo que se rumoreaba, no obstante, era que la industria farmacéutica estaba presionando fuertemente para que el tratado estableciera una protección de entre ocho y doce años sobre la propiedad intelectual de drogas biológicas como el “trastuzumab” y el “pertuzumab”, necesarias para el tratamiento oncológico de pacientes con cáncer de mama como Zahara. De ser aprobada, los laboratorios tendrían ese largo plazo de exclusividad en la producción de estos medicamentos no solo en Estados Unidos -que ya contaba con licencias extensas en su legislación-, sino en todos los Estados parte del tratado (y, potencialmente, en muchos más<sup>4</sup>). Durante ese plazo, en esos países, la única forma de acceder al tratamiento consistiría en pagar cada año los 115.000 dólares que cobran los laboratorios Roche -que producen esas drogas- por los medicamentos necesarios para ese tiempo de terapia<sup>5</sup>. Lo que Zahara pretendía aquella noche de otoño en Atlanta era asegurarse de que las y los negociadores supieran que esos costos suponían, en los hechos, una pena de muerte para miles de personas.

Por supuesto, Zahara no fue la única en reclamar que su voz fuera escuchada en las negociaciones. Numerosas organizaciones de la sociedad civil tomaron diversas acciones para hacerse oír en los ocho años que duró la elaboración del TPP, y protestaron específicamente la decisión oficial de excluirlas del proceso, escondiendo los documentos e impidiendo su presencia. Pese a que algunos representantes estatales sostenían que había habido ciertos procedimientos de “participación pública”<sup>6</sup>, diversos grupos de la sociedad civil afirman que las negociaciones “no tuvieron transparencia ni participación de los distintos afectados, y que los únicos jugadores que estuvieron involucrados fueron los

---

<sup>3</sup> Véase <https://wikileaks.org/tpp/index-es.html>. El texto oficial del tratado recién fue publicado cuando los doce Estados negociadores llegaron a un acuerdo definitivo sobre su contenido, el 5 de octubre de 2015.

<sup>4</sup> El TPP ha sido calificado -entre otros, por Hillary Clinton- como el nuevo “patrón oro” (*gold standard*) en la regulación económica internacional. La idea es que los efectos materiales de los estándares establecidos en el tratado no se limiten a los Estados parte, sino que se repliquen en otras jurisdicciones, por diversas razones. Para una discusión académica, véase ALVAREZ, 2016, y para una discusión de coyuntura, por ejemplo, CAPRI, 2017.

<sup>5</sup> Véase TRIMARCO, 2016.

<sup>6</sup> United States Trade Representative, *Stakeholder Input Sharpens, Focuses U.S. Work on Pharmaceutical IPR in the TPP* (Nov. 2013), <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/blog/2013/November/stakeholder-input-sharpens-focuses-us-work-on-pharmaceutical-IP-in-TPP> (visitado por última vez en octubre de 2015).



gobiernos y ciertos asesores de grandes empresas”<sup>7</sup>. De hecho, esta postura unió a 48 organizaciones no gubernamentales de los distintos Estados parte, que se articularon en 2014 para recordarles a los gobiernos la importancia de los “principios de transparencia y participación pública en la creación de normas” y para reclamarles -mínimamente- que el texto que estaba siendo negociado fuera hecho público<sup>8</sup>, algo que finalmente no ocurrió hasta el 5 de octubre de 2015, cuando la redacción fue cerrada definitivamente.

El caso de Zahara y el TPP es interesante porque ilustra los efectos materiales de una discusión que ha crecido en importancia entre las y los juristas internacionales en los últimos años, respecto de los derechos que tiene la sociedad civil en relación al proceso de creación de normas internacionales. Luego de las famosas protestas contra la Organización Mundial del Comercio en Seattle, en 1999, y en el marco de un continuo crecimiento del nivel de involucramiento de las organizaciones no gubernamentales en las más diversas actividades de producción normativa internacional, la academia jurídica comenzó a debatir con mayor intensidad la regulación de los espacios destinados a la participación de la sociedad civil. En un informe publicado en 2012, el comité de la International Law Association (ILA) que estudia el rol de los actores no estatales en el derecho internacional<sup>9</sup> relevó la normativa vigente y concluyó que estos grupos “pueden no tener (...) un derecho general de acceso y participación” a la creación de derecho internacional, pero que “se puede decir que existe al menos una *expectativa* de que los actores no estatales sean incluidos en estos procesos deliberativos”<sup>10</sup>. Pese a la redacción optimista, el informe refleja una percepción tradicional, que es aún hoy compartida por muchas abogadas y abogados internacionalistas: que, pese a que la inclusión de actores

---

<sup>7</sup> Public Knowledge, *Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP)*, <https://www.publicknowledge.org/trans-pacific-partnership-agreement-tpp> (visitado por última vez en octubre de 2015).

<sup>8</sup> *TPP Transparency Letter to Trade Ministers* (Dec. 2014), available at [https://www.eff.org/files/2014/12/10/tpp\\_transparencyletter\\_12-2014-fnl.pdf](https://www.eff.org/files/2014/12/10/tpp_transparencyletter_12-2014-fnl.pdf) (visitado por última vez en octubre de 2015).

<sup>9</sup> La ILA es una importante asociación profesional de abogados y abogadas internacionalistas cuyo objetivo es “el estudio, la clarificación, y el desarrollo del derecho internacional, tanto público como privado, y el mejoramiento del entendimiento internacional y del respeto por el derecho internacional” (Constitución de la ILA, adoptada en Johannesburgo en 2016, artículo 3.1). El comité sobre actores no estatales funcionó entre 2005 y 2016, y en la ocasión de publicar este informe tuvo como coordinadores a Math Noortman y Cedric Ryngaert, y entre sus miembros a Jean D’Aspremont, Janne Nijman, Stefan Talmon, Anne van Aaken, y Barbara Woodward, entre otras y otros (véase ILA, 2012).

<sup>10</sup> ILA, 2012.

de la sociedad civil en el proceso de creación de derecho internacional puede ser algo deseable, esta participación no es todavía *jurídicamente* necesaria<sup>11</sup>.

El objetivo de esta tesis es poner en cuestión esta percepción tradicional, es decir, estudiar si es cierto que la sociedad civil no tiene un *derecho* a participar en la creación del derecho internacional. Se trata de una pregunta de carácter eminentemente jurídico: la propuesta no es analizar lo que efectivamente ocurre con estos actores -como podría hacer un sociólogo, o un antropólogo-, ni lo que debería ocurrir idealmente -como podría considerar un filósofo político-; la propuesta, en cambio, consiste en estudiar las normas internacionales actualmente vigentes para entender qué establecen respecto de la participación de personas como Zahara y sus colegas de la sociedad civil.

Este estudio de las normas internacionales, por supuesto, requiere algo más que la mera identificación de los documentos y prácticas relevantes. Para poder extraer conclusiones a partir de esos elementos, la tesis necesita apoyarse en una teoría de la interpretación del derecho internacional que provea herramientas para resolver las indeterminaciones que -evidentemente<sup>12</sup>- existen en la regulación de estas cuestiones. La identificación de esta teoría es el equivalente a la determinación de la metodología en un estudio de ciencias duras, o de ciencias sociales. Como en esos casos, el tipo de procedimiento que se utilice para procesar los datos puede ser crucial para entender los resultados que luego se obtengan en el estudio. Dedicaré, entonces, una parte importante de esta tesis (la *Parte I*) a defender lo que llamaré una “argumentación constructiva” en la interpretación del derecho internacional, que será el método que luego utilizaré para estudiar si existe o no este derecho de la sociedad civil a la participación. Esa aproximación constructiva requiere que las y los intérpretes consideren los documentos y prácticas relevantes “a su mejor luz”, es decir, buscando hacer de ellas “el mejor ejemplo posible del género al que se considera que pertenecen”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, BEN-ARI, 2012, pp. 80–81, 2013, p. 93; BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 57; CHARNOVITZ, 2006b, pp. 368–372; KLEINLEIN, 2011, p. 48; MALANCZUK, 1997, pp. 97, 100; NGUYEN QUOC, DAILLIER, & PELLET, 2002, p. 653; PETERS, 2009b, pp. 221–227; PETERS, FÖRSTER, & KOECHLIN, 2009, p. 545; TULLY, 2007, p. 329; WOODWARD, 2010, p. 40.

<sup>12</sup> De lo contrario, si la cuestión estuviera perfectamente determinada y no hubiera dudas respecto de la normativa vigente, la tesis no tendría sentido. Como se verá en las secciones I.2 y I.3 de este capítulo, no obstante, no parece haber acuerdo en la bibliografía especializada acerca de este punto, lo que justifica el estudio de esta indeterminación.

<sup>13</sup> DWORKIN, 1986, p. 52.

Dada esta opción metodológica, el estudio propiamente dicho tendrá dos grandes partes. La primera (la *Parte II* de la tesis) estará dedicada a estudiar los documentos y prácticas que regulan la participación de los diversos actores en la creación del derecho internacional. El objetivo allí es, mínimamente, establecer si estos materiales abren la posibilidad de argumentar que existe un derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional, y delinear preliminarmente su potencial contenido. La segunda parte del estudio, en tanto, (la *Parte III* de la tesis) estará dedicada a analizar cuáles son las normas ideales de regulación de los procesos de creación del derecho internacional -el género del cual aspira a ser un ejemplo la normativa vigente-, a la luz de las cuales deberían considerarse los documentos y prácticas relevados en la parte anterior. El objetivo allí es obtener las pautas para determinar la mejor lectura posible de los materiales jurídicos antes explorados, y -con ellas- la respuesta a la pregunta respecto de la potencial existencia de un derecho a la participación.

La hipótesis que guía a esta tesis, y que exploraré siguiendo todos estos pasos, es que la sociedad civil efectivamente tiene un *derecho* a participar en la creación de la normativa internacional. Este derecho se constituye, según sostendré, a partir de tres fuentes. Primero, una fuente convencional: el artículo 25(a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que le otorga a cada ciudadano “el derecho y la oportunidad (...) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”<sup>14</sup>. Segundo, una fuente consuetudinaria: argumentaré que las numerosas instancias en las que los Estados han permitido esta participación, combinadas con una serie de declaraciones en torno a la importancia de la inclusión de la sociedad civil permiten inferir la emergencia de esta costumbre internacional. Y, tercero, un principio general de derecho, que guía a las y los intérpretes a inclinarse por aquella lectura de las normas que sea más proclive a la inclusión de las personas potencialmente afectadas por una norma en el proceso de su creación. El derecho resultante de la combinación de estas tres fuentes tiene, según mi argumento, dos niveles de abstracción. Existe un primer nivel, más abstracto, en el cual el derecho opera como un principio que obliga a los Estados a ampliar progresivamente los espacios de participación, volviéndolos más inclusivos. Y luego, existe un nivel más concreto, con reglas puntuales

---

<sup>14</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 U.N.T.S. 171 (19 de diciembre de 1966), artículo 25(a).

que otorgan derechos específicos de acceso, garantías y voz a ciertas organizaciones del ámbito de la sociedad civil.

Lo que resta de este capítulo introductorio está dividido en tres partes. En primer lugar, (I) presentaré el Estado de la cuestión en relación a este derecho de la sociedad civil a participar en la creación de normas internacionales, incluyendo tanto la normativa relevante como las interpretaciones que de ella ha hecho la bibliografía especializada. Luego, (II) intentaré explicar por qué tanto el tipo de pregunta que planteo en la tesis - una pregunta interpretativa sobre el derecho internacional- como la pregunta específica que abordo -respecto del derecho a la participación de la sociedad civil- son relevantes. Finalmente, (III) delimitaré específicamente las tres sub-preguntas con las que trabajaré en la tesis a los fines de responder la pregunta central, y presentaré brevemente los argumentos que daré a lo largo de la tesis en respuesta a ellas.

## **I. LOS ANTECEDENTES DE LA TESIS: ESTADO DE LA CUESTIÓN**

### **1. LA NOCIÓN DE “SOCIEDAD CIVIL”**

El concepto de “sociedad civil” con el que operaré en la tesis tiene dos niveles de abstracción, correlativos con los del derecho cuya existencia defiendo<sup>15</sup>. En un primer nivel, la idea de sociedad civil refiere a “un espacio de relaciones humanas no coactivas”<sup>16</sup> en el que “las personas llevan a cabo acciones colectivas con propósitos normativos y sustantivos, de modo relativamente independiente del gobierno y el mercado”<sup>17</sup>. En este

---

<sup>15</sup> Existe cierto acuerdo en la bibliografía especializada en cuanto a que el término “sociedad civil” es al menos “polisémico” (KEANE, 2010, p. 463), “un marco maleable para examinar la geometría de las relaciones humanas” (EDWARDS, 2011, p. 3), un “ámbito muy diverso y difícil de definir como una entidad homogénea o uniforme” (STABEROCK, 2011, párr. 6), que “ha perdido cierta precisión analítica” (COLÁS, 2002, pp. 25–26) o más aún, que se trata de un “ideal poco claro, esencialmente disputado” (KEANE, 2010, p. 463), y hasta “uno de los conceptos más confusos de las ciencias sociales” (EDWARDS, 2011, p. 3). En el ámbito específico del derecho internacional, “el término sociedad civil no tiene en sí mismo una definición firme, y no es un término técnico jurídico. Se usa como un paraguas descriptivo para un rango de actores que forman la sociedad civil” (STABEROCK, 2011, párr. 4; véase, en la misma línea, PINTO, 2005b, p. 47). Creo que resulta coherente, entonces, concluir que puede haber dos niveles de abstracción distintas en los cuales el término opera válidamente. Mónica Pinto se refiere, también, a la existencia de dos niveles distintos en la noción de sociedad civil, distinguidos por su organicidad: “Una parte de esa sociedad civil son los ciudadanos comunes, considerados de manera aislada; otra, las instituciones no estatales o autónomas que tradicionalmente han tenido una expresión social y de lo social; me refiero a las iglesias, las universidades, los sindicatos, las asociaciones profesionales, el mundo de la cultura” (PINTO, 2009, p. 21).

<sup>16</sup> WALZER, 1991, p. 1.

<sup>17</sup> EDWARDS, 2011, p. 4. Michael Edwards explica que “qué niveles de ‘coerción’ existen realmente en la práctica, cuán ‘independiente’ puede ser la sociedad civil de estas otras esferas de acción, qué ‘normas’ se reproducen y representan, y qué ‘propósitos’ son buscados para qué fin, son, por supuesto, el contenido de debates necesarios y continuos, pero la belleza de esta definición es que puede incorporar muchas respuestas

nivel, la idea de sociedad civil es deliberadamente “vaga y disputada”<sup>18</sup>, y se asemeja a la idea de “ciudadanía” propia de teorías robustas de la democracia, como la teoría de la democracia deliberativa<sup>19</sup>. Los colectivos que se constituyen en este espacio, en palabras de Jürgen Habermas, “forman el sustrato organizacional del público general de ciudadanos. Más o menos emergente de la esfera privada, este público está compuesto por ciudadanos que buscan interpretaciones aceptables para sus intereses y experiencias sociales, y que quieren tener una influencia en la formación institucionalizada de opiniones y voluntades”<sup>20</sup>. La sociedad civil es, entonces, el punto de conexión entre la esfera pública y la esfera privada, el espacio en el cual se expresan quienes serán potencialmente afectados por una decisión que habrán de tomar los órganos institucionales de gobierno (o gobernanza, en el plano global<sup>21</sup>).

En un segundo nivel, más concreto, la sociedad civil es “un conjunto de instituciones no gubernamentales jurídicamente protegidas, que tienden a ser no-violentas, auto-organizadas, autorreflexivas, y que están permanentemente en tensión, tanto entre sí como con las instituciones gubernamentales que enmarcan, limitan y permiten sus actividades”<sup>22</sup>. Estas asociaciones de individuos, como explica un documento de Naciones Unidas, incluyen grupos muy variados, como “organizaciones de masas (tales

---

e interpretaciones distintas, pero llamando la atención respecto de una serie de mecanismos y preocupaciones centrales” (EDWARDS, 2011, p. 4).

<sup>18</sup> ANHEIER, GLASIUS, & KALDOR, 2001, p. 11.

<sup>19</sup> John Keane explica que, en nuestro tiempo, “por primera vez en su historia, los lenguajes políticos de la democracia y de la sociedad civil han sido unidos. La democracia ha llegado a ser concebida como un tipo especial de sistema político y una forma de vida en la que la sociedad civil y el gobierno tienden a operar como dos momentos necesarios, separados pero contiguos, distintos pero interdependientes, que constituyen articulaciones internas de un sistema en el cual el ejercicio de poder, tanto en la esfera de la sociedad civil como en la del gobierno, está sujeto a un monitoreo, compromiso, y acuerdo público” (KEANE, 2010, p. 461). Para una discusión del rol de la sociedad civil en este tipo de teoría de la democracia, véase, principalmente, J. L. COHEN & ARATO, 1994, pp. 345–420; HABERMAS, 1996, pp. 365–387, y además, HAYSOM, 2014; HENDRIKS, 2006; REGILME, 2016; SCHOLTE, 2002.

<sup>20</sup> HABERMAS, 1996, p. 367.

<sup>21</sup> No diferencio aquí entre la “sociedad civil”, en general, y una “sociedad civil global” o “internacional”. Entiendo que el derecho está en cabeza de la sociedad civil en general, sean movimientos sociales con perfil doméstico que ocasionalmente desean participar en discusiones globales, u ONGs transnacionales dedicadas especialmente a lo que ocurre más allá de las fronteras de los Estados nación. Por supuesto, no obstante, asumo que esta “sociedad civil global” existe, y constituye de hecho el objeto central de mi análisis en la tesis. Volveré sobre este punto en el capítulo 8. Sobre la existencia y la idea de una sociedad civil “global”, véase ANHEIER, 2007; ANHEIER ET AL., 2001; COLÁS, 2002; DE BÚRCA, KEOHANE, & SABEL, 2013; FLORINI, 2012; GERMAIN & KENNY, 2005; JORDAN, 2011; KALDOR, 1991; KEANE, 2003; KECK & SIKKINK, 1998; LIPSCHUTZ, 1992; REGILME, 2016; SCHOLTE, 2011; WOODWARD, 2010

<sup>22</sup> KEANE, 2010, p. 461.

como asociaciones de campesinos, de mujeres, o de jubilados), sindicatos, asociaciones profesionales, movimientos sociales, organizaciones de pueblos indígenas, organizaciones religiosas y espirituales, la academia, y organizaciones no gubernamentales orientadas al bien público”<sup>23</sup>. En este segundo sentido, entonces, la sociedad civil está constituida por las asociaciones que las y los individuos forman o utilizan para expresarse en la esfera pública, nacional o global.

Una aclaración importante es que, en ambos niveles, la idea de sociedad civil no debe ser leída en términos “holísticos” -como un ente con derechos *per se*-, sino que debe ser entendida como un conjunto siempre reducible, en última instancia, a sus componentes, es decir, las y los individuos<sup>24</sup>. Sostener que existe un derecho “de la sociedad civil” implica entonces afirmar que hay un derecho de las y los individuos, que es ejercido necesariamente a través de ciertos colectivos de personas (sea “la ciudadanía” en general o ciertas asociaciones específicas)<sup>25</sup>. No existirá nunca, entonces, una voluntad o posición única “de la sociedad civil”, porque la sociedad civil es, en sí, “un significante de la pluralidad”<sup>26</sup>, que refleja y protege las “diferencias dinámicas”<sup>27</sup> que existen entre las y los ciudadanos que la componen. Basta aquí esta aclaración general, aunque volveré sobre este punto en mayor profundidad en varios capítulos de la tesis.

## 2. LA NORMATIVA RELEVANTE EN LA MATERIA

Dado el carácter descentralizado -y en gran medida informal<sup>28</sup>- de los procesos de creación del derecho internacional, el sistema no ha contado, tradicionalmente, con reglas

---

<sup>23</sup> Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil, *Nosotros los pueblos: la sociedad civil, las Naciones Unidas y la gobernanza global, Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil*, U.N. Doc. A/58/817 (11 de junio de 2004), página 15.

<sup>24</sup> NINO, 1989, p. 251. Como explica Charles Beitz, “es importante ver que un valor puede tener una dimensión colectiva sin ser dejar de ser individualista. El valor de la libre determinación, por ejemplo, tiene una dimensión colectiva porque su importancia para los individuos que lo disfrutan (o desean disfrutarlo) no puede ser explicada sin referencia a su membresía en el grupo, pero es de todos modos un valor individualista: es un valor para los individuos que lo disfrutan” (BEITZ, 2009, p. 113). Véase, sobre este punto JONES, 1999, y más específicamente, BEITZ, 2009, p. 113; BENHABIB, 2012; FABRE, 2014, pp. 89–90; KYMLICKA, 2002, pp. 338–343; MARGALIT & RAZ, 1990; PETER, 2013; POST, 2000, p. 212; WALDRON, 1993, p. 360. He discutido algunas de estas ideas con mayor profundidad en MAISLEY, 2015a.

<sup>25</sup> Lo mismo creo que puede decirse de los Estados o de los pueblos, dos conceptos claves en el derecho internacional. Véase la discusión sobre este punto en el capítulo 3.

<sup>26</sup> KEANE, 2010, p. 463. Véase también, sobre la sociedad civil como un espacio “plural”, J. L. COHEN & ARATO, 1994, p. 346; HABERMAS, 1996, p. 368.

<sup>27</sup> KEANE, 2010, p. 463.

<sup>28</sup> Para una visión de conjunto, véase PAUWELYN, 2012.

procedimentales unificadas, “constitucionales”<sup>29</sup>, que clarifiquen los roles correspondientes a cada actor en cada proceso. No hay, entonces, un lugar específico al que ir a buscar el derecho a la participación, como sí podría ocurrir en el derecho nacional, en el que la cuestión se reduciría a una discusión de interpretación constitucional. Por el contrario, aquí es necesario un estudio más complejo, que abarque conjuntos más grandes de reglas y principios del sistema<sup>30</sup>.

Específicamente respecto del rol de la sociedad civil, lo más cercano a una norma general claramente establecida en un tratado que regule su accionar es el artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>31</sup>, que establece lo siguiente:

“El Consejo Económico y Social podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia del Consejo. Podrán hacerse dichos arreglos con organizaciones internacionales y, si a ello hubiere lugar, con organizaciones nacionales, previa consulta con el respectivo Miembro de las Naciones Unidas”<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Sobre la existencia de normas de derecho internacional que operen como normas “constitucionales”, véase BRUNKHORST, 2002; DUNOFF & TRACHTMAN, 2009; FOLLESDAL, 2016; JOERGES & PETERSMANN, 2006; KLABBERS, PETERS, & ULFSTEIN, 2009; KLEINLEIN, 2012; KRISCH, 2010; PETERS, 2009c, 2012; SCHWÖBEL, 2010, 2011; ZUMBANSEN, 2012. Sobre la existencia de normas constitucionales que regulen la membresía y rol de los distintos actores en la comunidad internacional, véase PETERS, 2009b.

<sup>30</sup> Esta falta de reglas globales que regulen los roles y procedimientos de creación de derecho internacional es un fenómeno común a todas las fuentes del sistema. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece ciertas pautas procedimentales para la celebración de *acuerdos internacionales* (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), 1155 U.N.T.S. 1155 (1980), artículos 6 a 18), pero solo se refiere al rol de los Estados en este proceso (lo que no impide, por supuesto, que otros sujetos, como las organizaciones internacionales, o la sociedad civil, asuman otros roles complementarios (véase PETERS, 2009b). En cuanto a la *costumbre internacional*, el foco tradicionalmente ha estado puesto en la práctica estatal y en la conciencia de obligatoriedad de los Estados (véase, por ejemplo, AKEHURST, 1975; MENDELSON, 1998; SENDER & WOOD, 2017; TREVES, 2006), aunque en los últimos años se ha reanudado el debate acerca del rol de la práctica y la opinión de ciertos actores no estatales en estos procesos (véase CHIMNI, 2018; ILA, 2000, 2012; PETERS ET AL., 2009). En el caso de los *principios generales de derecho*, ni siquiera queda claro el rol de los Estados: hay quienes sostienen que estos principios se derivan “de la norma fundamental de la justicia e injusticia” (PELLET, 2012, p. 833), mientras que otros le dan un rol más prominente a los Estados, entendiendo por estos principios aquellos “aceptados por todas las naciones *in foro domestico*” (PELLET, 2012, p. 741). La cuestión es todavía menos clara en el fragmentado, extenso y diverso mundo de lo que se conoce como *soft law*, o derecho blando (CHINKIN, 1989; MERRY, 2014, 2015; THÜRER, 2009). Las múltiples guías, declaraciones, resoluciones, pautas, principios y demás estándares que se ubican lejos de los extremos del “espectro de normatividad” del derecho internacional resultan generalmente de una pluralidad de procedimientos informales, poco regulados, o regulados de modo muy específico para cada caso, con variados roles para los diversos actores involucrados.

<sup>31</sup> Sobre el artículo 71, véase HOBE, 2012. Sobre las relaciones entre las organizaciones no gubernamentales y la Organización de las Naciones Unidas, véase principalmente WILLETTS, 2000, 2011, y también ASTON, 2001; BRETON-LE GOFF, 2003; LINDBLOM, 2006; PETERS, 2009b; REBASTI, 2008; WOODWARD, 2010.

<sup>32</sup> Carta de las Naciones Unidas, artículo 71.

Como queda claro a partir del texto del artículo, la norma tiene dos limitaciones que parecen impedir que se constituya en una verdadera cláusula “constitucional” regulando el rol de la sociedad civil en el sistema jurídico internacional. Primero y principal, su ámbito de aplicación es limitado, dado que se refiere exclusivamente a los asuntos que estén bajo la órbita del Consejo Económico y Social de la Organización (el ECOSOC). El efecto de esta limitación es atenuado, de todos modos, porque la resolución 1996/31 del ECOSOC, que reglamenta la aplicación del artículo 71, regula no solo las relaciones consultivas entre las organizaciones y el Consejo, sino que tiene un capítulo dedicado a la “participación de las organizaciones no gubernamentales en las conferencias internacionales convocadas por las Naciones Unidas y en su proceso preparatorio”<sup>33</sup>. Así, las reglas del artículo 71 y la resolución 1996/31 regulan la participación en dos foros de creación de derecho: por un lado, el derecho internacional institucional que surge de los variados organismos especializados que operan bajo la égida del Consejo (incluyendo la totalidad del sistema universal de derechos humanos), y por otro, las conferencias internacionales en las que se negocian tratados u otros textos que pueden ser reconocidos como *soft law*, o como práctica u *opinio juris* constitutiva de costumbre internacional<sup>34</sup>. Lo que queda fuera de este ámbito de regulación es, por supuesto, el accionar de la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, las demás organizaciones internacionales, y los procesos de creación de derecho que ocurren por relaciones bilaterales o multilaterales entre Estados.

En segundo lugar, el alcance del artículo 71 de la Carta está limitado porque este solamente admite las consultas con “organizaciones no gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia del Consejo”, una categoría que parece más restrictiva que el concepto amplio de sociedad civil aquí adoptado. Nuevamente, de todos modos, esta limitación es atenuada por las reglas de la resolución 1996/31 y por la práctica de la Organización, que ha admitido bajo esta categoría a federaciones de partidos, iglesias y

---

<sup>33</sup> Consejo Económico y Social (ECOSOC), Res. 1996/31 (25 de julio de 1996), U.N. Doc. E/RES/1996/31, parte VII.

<sup>34</sup> Sobre una mirada de conjunto sobre las reglas procedimentales de estas conferencias, véase SABEL, 2006.



redes de iglesias, movimientos sociales, federaciones sindicales, organizaciones de pueblos indígenas, etcétera<sup>35</sup>.

En suma, el artículo 71 de la Carta y la resolución 1996/31 parecen un punto de partida interesante para reflexionar acerca del rol de la sociedad civil, pero ciertamente no resuelven la pregunta acerca de la existencia o inexistencia de un derecho *general* a la participación, solo regulando la cuestión en algunos casos concretos. La discusión acerca de este derecho requiere entonces considerar un abanico más grande de normas y principios<sup>36</sup>, incluyendo tratados de derechos humanos -como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, normas consuetudinarias potencialmente emergentes, y principios generales de derecho que pueden tener efectos relevantes para el caso. Al estudio de estas normas estarán dedicados los capítulos 4 a 6 de esta tesis.

### **3. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS: POSICIONES ACTUALES SOBRE EL DERECHO DE LA SOCIEDAD CIVIL A PARTICIPAR EN LA CREACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL**

Debido a esta naturaleza descentralizada del derecho internacional, y a la ausencia de normas “constitucionales” que regulen la cuestión, la discusión en la bibliografía especializada acerca de la existencia o inexistencia de un derecho de la sociedad civil a participar en la creación de normas internacionales se ha dado no tanto en torno de una u otra regla puntual, sino más bien a partir de miradas más bien generales del sistema jurídico internacional.

La posición clásica, “westfaliana”, no acepta rol alguno para la sociedad civil en el proceso de creación de derecho. Según esta concepción tradicional, el derecho internacional fue concebido como un sistema para regular las relaciones entre Estados soberanos<sup>37</sup>: como fue explicado seminalmente por la Corte Permanente de Justicia

---

<sup>35</sup> Véase United Nations Economic and Social Council, *List of non-governmental organizations in consultative status with the Economic and Social Council as of 1 September 2015*, Note by the Secretary-General (22 de agosto de 2016), U.N. Doc. E/2015/INF/5.

<sup>36</sup> Más allá del artículo 71 de la Carta y la resolución 1996/31 del ECOSOC, una pluralidad de reglas de procedimiento de distintas organizaciones internacionales, conferencias y variados foros de creación de derecho internacional tienen sus normas específicas en relación a la participación de la sociedad civil. Estudiaré estas reglas en detalle en el capítulo 5, en el que argumentaré que la combinación de todas ellas ha dado lugar a la emergencia de una norma consuetudinaria general permitiendo la participación de las organizaciones de la sociedad civil en la creación del derecho internacional.

<sup>37</sup> Como explicó clásicamente Hans Kelsen, “el derecho internacional, o derecho de gentes, es el nombre de un cuerpo de reglas que -según la definición usual- regula la conducta de los Estados en sus relaciones de unos con otros” (KELSEN, 1966, p. 3). Para una defensa adicional de esta idea, véase OPPENHEIM, 1905, p. 341 (“dado que el derecho de gentes es un derecho entre Estados única y exclusivamente, los Estados son única y exclusivamente los sujetos del derecho de gentes”); HENKIN, 1989, pp. 21–44 (“el Estado es la unidad básica, el átomo del Sistema; el sistema es la agregación de Estados unos en relación a otros”).

Internacional en 1923, “el derecho de concluir acuerdos internacionales es un atributo de la soberanía estatal”<sup>38</sup>. Por lo tanto, para la doctrina clásica, los Estados -como dueños primarios del sistema<sup>39</sup>- pueden decidir excluir arbitrariamente a cualquier otro actor de cualquier proceso de creación de derecho internacional y, pese a potenciales problemas de legitimidad, el proceso igualmente debe ser considerado completamente válido desde el punto de vista jurídico<sup>40</sup>.

En los años que han transcurrido desde la decisión de la CPJI, la esfera de las relaciones internacionales ha atravesado considerables cambios<sup>41</sup>. No obstante, la posición que le niega a cualquier grupo de la sociedad civil el derecho de participar en el proceso deliberativo que precede a la creación de normas internacionales es aún predominante<sup>42</sup>. En su clásico libro sobre creación del derecho internacional, Alan Boyle

---

Philip Allott, no obstante, asegura que esta visión emergió en derecho internacional recién en el siglo diecinueve, como resultado de la influencia de Emmer de Vattel (ALLOTT, 2004, pp. 399–422). Para un análisis general del tema, véase BRUNÉE, 2010; DWORKIN, 2013, pp. 15–16; PINTO, 2008; PORTMANN, 2010, pp. 42–125. Para una mirada más matizada de la idea clásica de soberanía estatal, particularmente en Vattel, véase BARREIROS, 2009. Véase también BUIS, 2015; ESPÓSITO, 2010.

<sup>38</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso del S.S. Wimbledon* P.C.I.J., Series A, No. 1 (1923), p. 25. Para un análisis de esta posición, véase PETERS, 2009d, párr. 16–18. Mark Villiger interpreta el artículo 6 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (“Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados”) del siguiente modo: “La capacidad implica la habilidad de reclamar o conceder derecho y obligaciones a otros sujetos del derecho internacional (...). Pero solo los Estados poseen capacidad. Otras entidades la tienen, pero conferida a ellos por los Estados. La capacidad de un Estado es inherente e ilimitada” (VILLIGER, 2009, p. 129). Una lectura similar hace Kirsten Schmalenbach, quien sostiene que “la redacción del artículo 6 implica la irrelevancia jurídica de cualquier limitación acordada o impuesta en la capacidad de creación de tratados mientras que el ente en cuestión sea un Estado soberano en los términos del derecho internacional” (SCHMALENBACH, 2012, p. 108).

<sup>39</sup> Para una revisión de la posición que sostiene que los Estados son los únicos sujetos del derecho internacional, véase PORTMANN, 2010, pp. 42–79.

<sup>40</sup> Para la mirada clásica en materia de creación de tratados, véase MCNAIR, 1961, p. 35; OPPENHEIM, 1992, p. 1217. Véase también la discusión en PETERS, 2009d (particularmente los párrafos 15 a 18), y MAISLEY, 2013, p. 9. Como explica Robert McCorquodale, “esta aproximación significa que las varias actividades de los actores no estatales en el sistema jurídico internacional son vistas como completamente determinadas por los Estados y enteramente dependientes del consentimiento de los Estados (MCCORQUODALE, 2004, p. 479).

<sup>41</sup> Véase, por ejemplo, BESSON, 2010; A. CASSESE, 2012; A. CASSESE & WEILER, 1988; KINGSBURY & DONALDSON, 2011; LOWE, 2000; MCCORQUODALE, 2004; SIMMA, 1994; WEILER, 2004. No obstante, como explica Mahnouch Arsanjani, la posición mayoritaria no suele considerar que los cambios traídos por la creación de las Naciones Unidas hayan alterado radicalmente esta situación, dado que los Estados “se reservaron para sí el rol decisivo tanto en tomar decisiones, incluida la creación de derecho internacional, como en la implementación de esas decisiones” (ARSANJANI, 2012, p. 19). Para la posición contraria, véase NOWROT, 1999; WILLETTS, 2000.

<sup>42</sup> Véase CHARNOVITZ, 2011, p. 892 (“la posición tradicional es que las organizaciones internacionales no tienen ningún deber inherente de proveer un espacio deliberativo para las ONGs. Cuando las OIs lo hacen, y lo hacen regularmente y con creciente frecuencia, esta práctica es vista como la consecuencia del derecho positivo de esa OI en particular, redactado por sus miembros”); MCCORQUODALE, 2004, p. 480 (“pese a la existencia de múltiples críticas, la aproximación conceptual de un sistema jurídico internacional solamente

y Christine Chinkin sostienen que, pese al rol creciente de la sociedad civil, “es todavía prematuro aseverar que existe un derecho al acceso y la participación”<sup>43</sup>. Esta posición negativa es compartida por Stephen Tully, quien sostiene que “la participación de los actores no estatales depende de la discreción gubernamental o de la de los agentes intergubernamentales, en función de las circunstancias y necesidades del caso”<sup>44</sup>. Para Cedric Ryngaert, pese a su deseabilidad, “la participación de actores no estatales en el proceso de establecimiento de normas internacionales sigue siendo una decisión ‘discrecional’ de los entes e instituciones relevantes”<sup>45</sup>. Arnold Pronto, asesor jurídico senior de las Naciones Unidas, también comparte esta mirada, sosteniendo que “pese a que, en ocasiones, se le ha otorgado derechos formales a la participación a las ONGs, estos siguen siendo la excepción a la regla, y están generalmente limitados en su alcance y sujetos a la voluntad de los Estados, que de todos modos retienen el monopolio sobre la toma de decisiones”<sup>46</sup>. La mayor parte de los manuales coinciden implícitamente con la negación de este derecho a la participación<sup>47</sup>, y algunos incluso lo hacen de modo explícito, como el “Akehurst’s International Law” de Peter Malanczuk: “el rol de las ONGs en el sistema jurídico internacional es uno informal” y “al menos con respecto al proceso de creación de normas internacionales (...), es poco probable que las ONGs sean incluidas en procesos formales en el futuro”<sup>48</sup>.

Una mirada más matizada -aunque aún por la negativa- es la que se refleja en el informe del Comité de la ILA, y en el trabajo de una parte importante de la bibliografía especializada. Usando el mismo lenguaje que la ILA, tanto Anne Peters como Anna-Karin

---

basado en Estados sigue siendo predominante en mucho del pensamiento jurídico internacionalista de hoy. Gran parte de este sistema es todavía hoy, en gran medida, desarrollado por elites de varones urbanos, y no incluye a una porción importante de la vida cotidiana de muchas personas”).

<sup>43</sup> BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 57.

<sup>44</sup> TULLY, 2007, p. 329.

<sup>45</sup> RYNGAERT, 2010, p. 81. No obstante, Ryngaert es un fuerte defensor de la “creación” de este derecho: “no liabilities could ensue when the actors, who are burdened with them are not acknowledged as ‘parties’ in the community, with the concomitant democratic right to voice opinions and decide on the desirability of any burdens imposed on them” (RYNGAERT, 2010, p. 85).

<sup>46</sup> PRONTO, 2008, p. 605.

<sup>47</sup> Véase, por ejemplo, BROWNLIE, 2003, pp. 287–295; SHAW, 2003, p. 163. Anna-Karin Lindblom afirma que “los principales manuales de derecho internacional, por su parte, aún parecen considerar a las reglas que se ocupan de actores privados como anomalías que no alteran el principio general de que las relaciones internacionales son acerca de relaciones entre Estados y organizaciones internacionales” (LINDBLOM, 2006, p. 5).

<sup>48</sup> MALANCZUK, 1997, pp. 97, 100. Véase también NGUYEN QUOC ET AL., 2002, p. 653

Lindblom sugieren que, aunque no existe un derecho, sí hay “una expectativa legítima de participación”<sup>49</sup>. Steve Charnovitz también niega la existencia del derecho<sup>50</sup>, pero menciona varias vías que sugieren que la obligación se desarrollará en el futuro cercano, y afirma que algunas demandas ya son válidas, como la de libertad de expresión en la esfera pública global<sup>51</sup>. Una posición similar es adoptada por Thomas Kleinlein, quien específicamente menciona una interpretación más amplia del artículo 25(a) del PIDCyP como una potencial prerrogativa de participación, pero considera que su aplicación actual a la esfera global como, hasta el momento, “nada más que una ficción jurídica”<sup>52</sup>. Emmanuele Rebasti argumenta que “la participación no gubernamental está emergiendo fuertemente como un parámetro de buena gobernanza para las organizaciones internacionales”,<sup>53</sup> pero sugiere que este parámetro es de naturaleza política, no jurídica<sup>54</sup>. Barbara Woodward presenta un extenso análisis de la participación de la sociedad civil global en la creación del derecho internacional y concluye que “pese a que los Estados crean formalmente el derecho internacional a través de su consentimiento, (...) los Estados necesitan la aprobación de aquellos potencialmente afectados”<sup>55</sup>. No obstante, no

---

<sup>49</sup> LINDBLOM, 2006, p. 526; PETERS, 2009b, pp. 221–227; PETERS ET AL., 2009, p. 545. Es notable que el capítulo de Lindblom sobre la relación entre ONGs y OIs se titula “cooperación con organizaciones intergubernamentales” (LINDBLOM, 2006, p. 366). También responde “la pregunta acerca de si hay algunos elementos de este estatus que sean comunes a todas las categorías de ONGs alrededor del mundo” diciendo que “en lo que respecta a los derechos, esto es incierto” (LINDBLOM, 2006, p. 520). No obstante, en la misma página, afirma que “la influencia que las ONGs parecen tener en algunos foros internacionales demuestra que las reglas que permiten su presencia y sus presentaciones no son una mera fachada, sino que son la evidencia de una aceptación de la participación de ONGs en el discurso jurídico internacional (LINDBLOM, 2006, p. 520).

<sup>50</sup> Afirma que “la pregunta acerca de si los Estados o las organizaciones internacionales tienen una obligación de consultar a las ONGs es una interesante. La respuesta parece ser no en este momento” (CHARNOVITZ, 2006b, pp. 368–372).

<sup>51</sup> CHARNOVITZ, 2006b, pp. 368–372. Véase también su artículo de 2011, en el que afirma que “pese a que las ONGs pueden ser mantenidas a un costado cuando la llamada creación-de-derecho ocurre dentro de una organización internacional, difícilmente haya motivos para excluir a las ONGs de la conversación que precede a la creación de derecho” y que “su propia obra se asocia con la mirada minoritaria y sugiere que la práctica estatal se está moviendo en dirección a una obligación de consultar con las ONGs en las actividades de las OIs” (CHARNOVITZ, 2011, pp. 908–909).

<sup>52</sup> KLEINLEIN, 2011, p. 48.

<sup>53</sup> REBASTI, 2008, p. 66.

<sup>54</sup> “El concepto de ‘colaboración’ [*partnership*] esta lejos de proveer una calificación jurídica unívoca del status de las ONGs y de su relación con las OIs; en cambio, meramente introduce un nuevo paradigma político en la forma en que las OIs deberían lidiar con la sociedad civil” (REBASTI, 2008, p. 67). No obstante, él mismo luego sugiere que hay una “consolidación progresiva de estas prácticas en acuerdos formales” y explica que muchos Estados protegen la inclusión de ONGs en la creación de derecho internacional (REBASTI, 2008, p. 67).

<sup>55</sup> WOODWARD, 2010, p. 390.

traduce esta afirmación a términos jurídicos, sino que sostiene cautelosamente que “las preguntas respecto del rol de las ONGs y las dimensiones más amplias de la sociedad civil global en la gobernanza global permanecen sin respuesta en 2009”, al momento de escribir su trabajo<sup>56</sup>. Una posición similar asume Eyal Benvenisti, quien sostiene que “la participación de las ONGs no es una cuestión de generosidad, sino (...) de derecho (el derecho a participar democráticamente del gobierno)”<sup>57</sup>, pero que luego aclara que “hasta el momento, pese al creciente reconocimiento de la contribución positiva de las ONGs a los procesos de negociación y toma de decisiones, los intentos de darles estatus formal a las ONGs no han sido exitosos”<sup>58</sup>.

El Panel de Personas Eminentes convocado en 2004 por el Secretario General de las Naciones Unidas para evaluar las relaciones de las NU con la sociedad civil no se pronunció acerca de la existencia de un derecho de estas organizaciones a participar en la creación del derecho internacional. No obstante, la redacción adoptada en el informe (conocido como el “Informe Cardoso”, por el director del Panel, el ex presidente de Brasil Fernando Henrique Cardoso) sugiere que no consideraron la participación de la sociedad civil como un derecho, sino meramente como algo deseable. El Panel sostuvo, por ejemplo, que Naciones Unidas “*debería* permitir que en sus procesos haya una participación debidamente planificada de agentes distintos a los gobiernos centrales”<sup>59</sup>, y que “*debería* promover procesos de múltiples grupos interesados como nuevas vías para discutir las prioridades de las Naciones Unidas”<sup>60</sup>. El informe enfatiza la existencia de considerables restricciones en el sistema actual, en el cual las organizaciones “pueden hablar solo cuando son invitadas y no son participantes por derecho propio”<sup>61</sup>. No obstante, insta “a los Estados miembros a reconocer formalmente lo que ha sido un patrón emergente”, esto es, que los actores de la sociedad civil “se han vuelto relevantes para los foros intergubernamentales más allá del Consejo Económico y Social – el órgano

---

<sup>56</sup> WOODWARD, 2010, p. 40.

<sup>57</sup> BENVENISTI, 1999, p. 210.

<sup>58</sup> BENVENISTI, 1999, p. 210.

<sup>59</sup> Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil, *Nosotros los pueblos: la sociedad civil, las Naciones Unidas y la gobernanza global, Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil*, U.N. Doc. A/58/817 (11 de junio de 2004), propuesta 6, página 40 (énfasis añadido).

<sup>60</sup> *Íbid*, propuesta 5, página 39 (énfasis añadido).

<sup>61</sup> *Íbid*, p. 43.

asignado por el artículo 71 de la Carta a ser responsable para coordinar la participación no gubernamental”<sup>62</sup>.

Finalmente, existen algunos autores que sostienen que el derecho de la sociedad civil a la participación ya existe, aunque sin presentar una investigación jurídica profunda para apoyar su posición<sup>63</sup>. Janne Elisabeth Nijman, por ejemplo, habla de un “derecho natural a tal participación”. Según ella, donde “las voces de ciertas minorías, o de todo un pueblo, o de la totalidad de la población femenina, son silenciadas y suprimidas, la comunidad internacional tiene un deber de invitar y acomodar a estos grupos en el escenario y de ser una audiencia para sus representantes, como las ONGs, o de hacer oír sus voces por otros canales”<sup>64</sup>. Peter Willetts también afirma que el derecho ya existe, al menos en el contexto de Naciones Unidas: “la evidencia más fuerte de que los derechos de las ONGs están establecidos en la costumbre internacional es la forma en que las ONGs logran frecuentemente acceder a procedimientos intergubernamentales aun cuando el clima político se vuelve en su contra y hay significativa oposición a su presencia”<sup>65</sup>. Eduardo Szazi construye un argumento cuantitativo acerca de la aceptación del estatus consultivo de las ONGs ante organizaciones internacionales y concluye que ya tiene una naturaleza consuetudinaria<sup>66</sup>. Otros afirman lo mismo, pero solo con respecto a ciertos regímenes específicos, como el derecho internacional ambiental<sup>67</sup>. Finalmente, autores como Laurence Boisson de Chazournes y Phillipe Sands reconocen “las crecientes prerrogativas de individuos y organizaciones no gubernamentales a un involucramiento formal e informal en procedimientos judiciales y cuasi-judiciales internacionales”<sup>68</sup>, lo que puede a su vez tener un impacto en la creación judicial de derecho internacional<sup>69</sup>.

---

<sup>62</sup> *Ibid*, p. 122.

<sup>63</sup> CHARNOVITZ, 2011, p. 898 (“hay una posición minoritaria que sostiene que las ONGs tienen algunos derechos inherentes a participar en los procesos internacionales. En otras palabras, aunque son los Estados los que deciden acerca de cuándo una OI debería admitir la participación de una ONG, los Estados están restringidos en esa opción por la práctica consuetudinaria que los previene de excluir ONGs. Pocos han defendido una posición tan osada como esta”).

<sup>64</sup> NIJMAN, 2004, p. 469.

<sup>65</sup> WILLETTS, 2000, p. 205. Véase también NOWROT, 1999, p. 625; WILLETTS, 2011, p. 163.

<sup>66</sup> SZAZI, 2012, pp. 142–169.

<sup>67</sup> Por ejemplo, EBBESSON, 1997; MAISLEY, 2013; PALMER, 1992; TRIMBLE, 1997, p. 1964.

<sup>68</sup> BOISSON DE CHAZOURNES & SANDS, 1999, p. 10. Para un análisis en profundidad, véase LINDBLOM, 2006, pp. 218–365.

<sup>69</sup> Sobre este punto, véase BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 263–312.

En suma, no parece haber un consenso en la bibliografía especializada en cuanto a la existencia de derechos de participación de la sociedad civil en la creación del derecho internacional. Pese a que algunos han presentado ciertos argumentos en esta dirección, la posición predominante sigue sosteniendo que, aunque esa participación pueda ser deseable, no está requerida jurídicamente.

## **II. LA RELEVANCIA DE LA TESIS: DERECHO INTERNACIONAL, DEMOCRACIA Y JUSTICIA GLOBAL**

### **1. LA RELEVANCIA DEL TIPO DE PREGUNTA DE LA TESIS: POR QUÉ INTERPRETAR EL DERECHO INTERNACIONAL DESDE LA ACADEMIA**

La pregunta que estudia esta tesis -acerca del derecho de la sociedad civil a participar de la creación del derecho internacional- puede ser considerada relevante, en dos niveles. En un primer nivel, *el tipo de pregunta* que planteo en la tesis -una pregunta jurídica, interpretativa- es una respecto de la cual las y los académicos especializados en derecho podemos hacer una contribución importante a la comunidad<sup>70</sup>. Uno de los roles centrales de la universidad en una sociedad democrática es analizar de modo independiente, con procesos fiables, las decisiones de política pública que toman las autoridades<sup>71</sup>. El derecho y sus interpretaciones son un vehículo crucial para estas decisiones y, por lo tanto, un objeto de estudio importante para las universidades<sup>72</sup>. Como en otras áreas del conocimiento, la contribución que las y los juristas podemos hacer a esta misión tiene que ver, entonces, con dos grandes cuestiones. Por un lado, gracias a la experticia técnica que hemos adquirido, podemos intentar “traducir” para el debate público algunos asuntos que han desarrollado dentro de la disciplina un cierto nivel de complejidad<sup>73</sup>. Y, por otro lado,

---

<sup>70</sup> Sobre la necesidad de explicar esta relevancia, véase ORFORD, 2014.

<sup>71</sup> “Ciertas áreas de la universidad, por ejemplo, los departamentos de ciencia política, economía, sociología y derecho, están dedicadas al descubrimiento y diseminación de conocimientos que están directamente relacionados con las políticas públicas. Estos departamentos tienen como rutina estudiar las promesas de los candidatos a ocupar cargos públicos y los programas que eventualmente implementen los ganadores. Otros departamentos, como los de filosofía y literatura, o las humanidades en general, se dedican a la formación de los valores morales y políticos que guiarán a los ciudadanos en el ejercicio de sus elecciones. Incluso las ciencias duras juegan un papel vital en iluminar este proceso de autodeterminación. El conocimiento científico es esencial para evaluar muchas políticas del gobierno, por ejemplo, aquellas relacionadas con el medio ambiente, el desarrollo de fuentes alternativas de energía y la investigación biomédica. Es más, las ciencias físicas y biológicas, de manera similar a las demás áreas de la universidad, son responsables del desarrollo intelectual y cultural de la sociedad y aumentan la capacidad de los individuos de entenderse a sí mismos y al mundo que los rodea” (FISS, 2012a, p. 270).

<sup>72</sup> Véase, por ejemplo, ALEGRE, BUIS, & MAISLEY, 2011; MARTÍN BÖHMER, 2005; FISS, 2012b; MONTERO, 2016; NINO, 1988, 1992, pp. 118–121; PETERS, 2013; SABA, 2014.

<sup>73</sup> Para esta idea de las y los juristas como “igualadores y traductores”, véase MARTIN BÖHMER, 2009.

la dedicación y el trabajo profesional que permite la investigación universitaria nos da la posibilidad de reflexionar sobre ciertos problemas centrales de nuestra sociedad de forma pausada y metódica, sin las ataduras propias de quien responde a los vaivenes de la coyuntura<sup>74</sup>. Como sostenía Carlos Nino, entonces, la responsabilidad de las y los profesores de derecho, además de enseñar a pensar críticamente, consiste en proveer la “crítica intelectual seria” que nuestro sistema jurídico necesita para abrirse al debate democrático y evitar caer en la arbitrariedad<sup>75</sup>.

Contra lo que podría suponerse, creo que esta responsabilidad de las y los investigadores en derecho tiene cierta relevancia particular en el caso del derecho internacional. Es cierto que en muchas de las instancias de interpretación normativa que se dan en esta órbita no existe ni un tribunal internacional con jurisdicción para analizar las circunstancias del caso<sup>76</sup>, ni un poder ejecutivo centralizado que haga cumplir lo que indiquen las normas<sup>77</sup>. Esto podría dar a suponer que el derecho internacional y sus interpretaciones son irrelevantes, o que no tienen ningún grado de autoridad pública

---

<sup>74</sup> Owen Fiss compara el rol de la universidad con el de la prensa, y concluye que “[m]ientras que la prensa se enfoca en los eventos cotidianos –cuanto más sensacionalistas, mejor–, la universidad busca establecer los fundamentos intelectuales para entender aquellos eventos y formular una respuesta apropiada para ellos” (FISS, 2012a, pp. 269–270). Para ello, la clave –como en otras disciplinas– tiene que ver con el método que se utiliza para trabajar con el derecho. Anne Peters explica que “el núcleo del procedimiento científico es la intersubjetividad del método, es decir, del camino que lleva al resultado. En las ciencias ‘exactas’, ese método debería ser apto para ser aplicado en principio por cualquiera, y después llevar al mismo resultado. En la academia jurídica, los resultados se obtienen primariamente a través de argumentos, más que a través de la observación empírica. No hay una respuesta única sino un rango de resultados posibles, y los límites exteriores de este rango son definidos por las estrategias admisibles (es decir, profesionalmente aceptadas) de argumentación. El estándar de argumentación en la buena academia jurídica es alto. Los hallazgos de la investigación jurídico son generalmente repetibles intersubjetivamente.” (PETERS, 2017, p. 140). Véase también NINO, 1992, pp. 118–121.

<sup>75</sup> NINO, 1988, p. 277.

<sup>76</sup> Esto se debe, en gran medida, a la “judicialización dispar” del derecho internacional. La regla que establece la necesidad del consentimiento para que una situación sea sometida a la jurisdicción de un tribunal genera que, por un lado, “muchos tipos de asuntos no sean densamente judicializados en tribunales internacionales, aun cuando algunos puedan alcanzar ocasionalmente a un tribunal”, y por otro, que “los Estados más poblados del mundo tienden a no aceptar de antemano la jurisdicción de la CIJ, la CPI, los tribunales de derechos humanos, o el Comité de Derechos Humanos. No obstante, casi todos están en la OMC y en la Convemar. Las economías más grandes, que incluyen más Estados comprometidos con el liberalismo económico y político, están similarmente involucradas en la OMC y la Convemar, pero tienden a estar más en la CPI, y es considerablemente más probable que acepten la jurisdicción de algún tribunal de derechos humanos” (KINGSBURY, 2012a, p. 212).

<sup>77</sup> Aunque en el caso de la discusión que estudiaré en esta tesis, frecuentemente sí existe un órgano capaz de hacer cumplir lo que establecen las normas: por ejemplo, quienes estén conduciendo una conferencia internacional (véase, al respecto, SABEL, 2006), o las y los funcionarios de las organizaciones internacionales en el seno de las cuales se discuta la reforma normativa en cuestión (sobre el poder de estas personas, véase, por ejemplo, ALVAREZ, 2006, 2017).



comparable con el del derecho nacional – de lo que se seguiría que su estudio no tiene tanto interés. Pero esto no es así<sup>78</sup>. Lo que manda el derecho internacional suele ser, como mínimo, tenido en cuenta por los diversos actores del sistema a la hora de decidir sus cursos de acción<sup>79</sup>, aun cuando en última instancia decidan no cumplir lo que las normas indican<sup>80</sup>. Para Zahara Heckscher, por ejemplo, no era lo mismo reclamar por “algo deseable” que por “un derecho”, y para los funcionarios estatales, no era lo mismo negarse a cumplir con un “derecho” que con una demanda aún no positivizada. Hasta los realistas más escépticos respecto del derecho internacional reconocen que este tiene algún rol en gobernar las conductas de los Estados y las personas<sup>81</sup>. Si esto es cierto, entonces parece valer la pena dedicarle tiempo a su estudio.

Pero más aún, esta naturaleza particular del derecho internacional no solo no torna irrelevante el estudio de la interpretación de las normas internacionales desde la academia, sino que vuelve estas investigaciones particularmente importantes. A diferencia de lo que ocurre en el derecho nacional, que suele buscar certidumbre en pronunciamientos de una corte suprema, o en decisiones ejecutivas o parlamentarias, el sistema jurídico internacional no suele (ni siquiera intentar) darle la última palabra en la interpretación del derecho a ningún actor en particular<sup>82</sup>. Esto es particularmente notable dado que gran

---

<sup>78</sup> Para algunas revisiones de la bibliografía relevante en materia de cumplimiento y efectividad del derecho internacional, véase, por ejemplo, KINGSBURY, 1998; SIMMONS, 1998, 2010; J. VON STEIN, 2012. Para un argumento afirmativo acerca de la normatividad del derecho internacional, véase, por ejemplo, HOWSE & TEITEL, 2010, p. 134 (“puede ser cierto, como una cuestión abstracta, que la normatividad jurídica no es la única o la exclusiva en ser capaz de producir efectos del tipo que hemos identificado en este artículo, y que en otros tiempos y lugares otras formas de normatividad (normas religiosas, morales, políticas, por ejemplo) pueden servir funciones similares en el orden internacional. Pero no hace falta un argumento en ese nivel de esencialidad y atemporalidad en favor del derecho como un tipo distintivo de normatividad para defender la proposición de que el derecho internacional importa, de diversas formas, para nosotros, aquí y ahora”).

<sup>79</sup> Como dice el viejo adagio de Louis Henkin, pese a que no existe un poder coercitivo centralizado, “probablemente sea cierto que casi todas las naciones observan casi todos los principios de derecho internacional y casi todas sus obligaciones la mayor parte del tiempo” (HENKIN, 1979, p. 47). En cualquier caso, aun cuando los diversos sujetos no cumplan con sus obligaciones de derecho internacional, es difícil discutir que al menos les interesa saber cuáles son, es decir, que al menos las consideran. Parece indudable que hay algún valor en saber cuáles son las obligaciones que el derecho, internacional impone, entonces. Para algunas reflexiones acerca de este punto, véanse, por ejemplo, CHAYES & CHAYES, 1995; FRANCK, 1990; GUZMAN, 2008; KINGSBURY, 1998; KOH, 1997.

<sup>80</sup> Lo mismo ocurre en el caso del derecho nacional, por cierto. Todos ponderamos nuestras obligaciones jurídicas versus, por ejemplo, nuestras obligaciones morales, y tomamos decisiones informadas respecto de qué hacer. Véase, por ejemplo, la discusión sobre desobediencia civil en DWORKIN, 1977, Capítulo 8.

<sup>81</sup> Véase, famosamente, el libro de GOLDSMITH & POSNER, 2006.

<sup>82</sup> Por supuesto, puede decirse que esto tampoco ocurre en el derecho nacional (véase, por ejemplo, POST & SIEGEL, 2007). Pero no hay dudas de que hay al menos una intención de cerrar ciertas disputas interpretativas mucho mayor a la que existe en derecho internacional.

parte de la tarea de interpretar el derecho internacional se superpone, directamente, con la de identificarlo<sup>83</sup>. Lo que resulta, entonces, es un espacio de incertidumbre en la validación de las normas, en el cual la academia jurídica internacionalista adquiere un rol central, contribuyendo con su trabajo a identificar y dotar de contenido al derecho internacional<sup>84</sup>. Las propias normas generan un mandato en este sentido: el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que establece el sistema de las fuentes del derecho internacional<sup>85</sup>, reconoce que “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones” son un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”<sup>86</sup>. Con sus interpretaciones, entonces, la academia identifica y contribuye a constituir, o construir, el derecho internacional tal cual se lo aplica<sup>87</sup>. Lo queramos o no, quienes estudiamos el derecho internacional desde las universidades debemos ser conscientes de que, si bien no “creamos”, propiamente, el derecho internacional<sup>88</sup>, sí tenemos una responsabilidad crucial de “mejorar la calidad de la

---

<sup>83</sup> Sobre la interpretación del derecho como la práctica de, por un lado, identificar las normas, y por otro, determinar su contenido, véase D’ASPREMONT, 2015; HOLLIS, 2015. Anne Peters sostiene que “al hablar y escribir sobre una práctica amorfa y su *opinio juris*, las y los académicos realizan una tarea de verbalizar y ordenar, que es necesaria primeramente para poder captar las normas internacionales y hacerlas operativas. En efecto, parece que las dificultades especiales de identificar las normas internacionales tornan crucial este rol clarificador de los juristas internacionales. Y porque la identificación lleva ínsita una cierta sistematización, todas y todos académicos jurídicos internacionalistas son, en esa medida, ‘creadores de derecho’” (PETERS, 2017, p. 144).

<sup>84</sup> Para esta idea del espacio de incertidumbre en la validación de las normas, véase BESSON, 2017, p. 279.

<sup>85</sup> Jan Klabbbers explica que “el derecho internacional no tiene U.N. Documento que especifique cómo es que se crean sus normas; no hay ningún tratado sobre los procesos y formas correctas de crear derecho internacional. En cambio, el Estatuto de la CIJ contiene una lista de instrumentos que la Corte puede aplicar al decidir casos, y esta lista es usada generalmente como un punto de partida para una discusión sobre las fuentes del derecho” (KLABBERS, 2013, p. 21).

<sup>86</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.d. Para un análisis pormenorizado, véase, por ejemplo, PELLET, 2012.

<sup>87</sup> Sobre esta idea de que la academia, con sus interpretaciones, contribuye a constituir el derecho internacional que efectivamente se aplica, véase, clásicamente, SCHACHTER, 1977, y más reciente y específicamente, BESSON, 2017; D’ASPREMONT, 2011; HERNÁNDEZ, 2017; PETERS, 2017; VENZKE, 2012.

<sup>88</sup> Para una discusión, véase BESSON, 2017, p. 281; PETERS, 2017, pp. 143–147. Anne Peters concluye que este rol de tener una influencia en la construcción del derecho sin ser, propiamente, “creadores” del derecho, genera un espacio particularmente interesante para la academia jurídica internacionalista: “las y los académicos no les rinden cuentas a clientes reales, sino solo a entidades ideales como la comunidad científica, la verdad, y el público; por lo tanto, esta rendición de cuentas es más bien ideal, y no tiene formalidad alguna. Es exactamente esta falta de rendición de cuentas la razón por la que las y los académicos no tienen poder para crear el derecho. Y esto, a su vez, es una precondition para poder pensar libremente y de forma creativa [*out of the box*]. Solo porque los tratados académicos no tienen consecuencias directas jurídicas (como ‘derecho’), y solo porque las y los académicos no tienen responsabilidades formales e institucionales (lo que no excluye una ‘responsabilidad’ más amplia hacia toda la sociedad), es que pueden dedicarse a experimentos mentales y especulación, y de ese modo proveer

justificación y de la crítica normativa que son inmanentes a la naturaleza autorreflexiva y autorreformista de la práctica normativa del derecho internacional”<sup>89</sup>. Todo esto, creo, vuelve muy relevantes los estudios académicos acerca del contenido del derecho internacional, como el que realizaré en esta tesis<sup>90</sup>.

## **2. LA RELEVANCIA DE LA PREGUNTA QUE PLANTEA LA TESIS: DEL DERECHO INTERNACIONAL A LA DEMOCRACIA Y LA JUSTICIA GLOBAL**

Pero no solo el tipo de pregunta que formulo en la tesis -acerca del contenido del derecho internacional- es relevante. En un segundo nivel, creo que la pregunta específica que planteo, sobre la existencia de un derecho de la sociedad civil a participar en la creación de las normas internacionales es particularmente urgente. Esto se debe a que el reconocimiento de este derecho puede ser importante para, quizás, las dos discusiones de teoría política más centrales de nuestro mundo globalizado, una sobre legitimidad, y la otra sobre justicia<sup>91</sup>. Primero, el reconocimiento de este derecho a la participación puede tener un impacto considerable sobre la *legitimidad* democrática del sistema de toma de decisiones políticas internacionales; es decir, puede ser un paso concreto y accesible -aunque por sí solo insuficiente- en miras a alcanzar un ideal que diversos autores y autoras han denominado “democracia global”. Y segundo, un poco más indirectamente, el ejercicio de este derecho puede tener un impacto sobre la capacidad del sistema político global de tomar decisiones más *justas*. A continuación, exploraré brevemente estas dos cuestiones.

---

ideas y realizar propuestas que puedan actuar como ‘parteras’ del cambio social y jurídico” (PETERS, 2017, p. 147).

<sup>89</sup> BESSON, 2017, p. 280.

<sup>90</sup> Para un argumento similar en el derecho nacional, véase COURTIS & BOVINO, 2001, y en el orden internacional, véase PETERS, 2013.

<sup>91</sup> Samantha Besson y José Luis Martí explican que es importante distinguir conceptualmente las nociones de legitimidad y justicia, “las dos tareas principales de la filosofía política”: “Aún cuando disientan sobre los detalles, esta es una distinción presente en las miradas de filósofos políticos contemporáneos más importantes, como John Rawls, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin o Philip Pettit. Una forma particularmente simple y clara de demarcar entre estos dos campos de filosofía política normativa es (...) referir a dos preguntas normativas claramente distinguibles: el qué, en el caso de la justicia, y el quién y el cómo, en el caso de la legitimidad. Esto no implica que estos dos campos estén completamente desconectados. Al final, los valores sustantivos que las y los filósofos políticos usan como fundamento de sus respectivas miradas sobre justicia y legitimidad deberían, al menos en parte, ser los mismos” (BESSON & MARTÍ, 2018, n. 8). Véase también, BUCHANAN, 2004; PETER, 2017.

## 2.1. El derecho a la participación y la democracia global

Para entender la contribución que la tesis pretende hacer a la discusión sobre legitimidad de las instituciones internacionales, es necesario recapitular brevemente los debates de los últimos años en la bibliografía y, en menor medida, en el debate público. Las discusiones han atravesado lo que puede describirse como dos fases<sup>92</sup>. En una primera fase, el sistema jurídico internacional ha sido objeto de serias críticas por lo que se ha dado en llamar su “déficit democrático”<sup>93</sup>. Mientras que la teoría política<sup>94</sup>, pero también la normativa vigente<sup>95</sup>, y hasta la práctica política<sup>96</sup> parecen reflejar un acuerdo mínimo respecto de la necesidad de que el derecho nacional sea creado a través de procedimientos democráticos<sup>97</sup>, el derecho internacional todavía resiste, impermeable a estas exigencias.

---

<sup>92</sup> Por supuesto, estas fases no responden a un orden cronológico, sino más bien a un orden lógico.

<sup>93</sup> Patrizia Nanz y Jens Steffek definen este déficit del siguiente modo: “mientras que las decisiones de las instituciones internacionales tienen un efecto sobre los ciudadanos, la única forma de legitimación disponible hoy es una altamente indirecta, derivada de los gobiernos nacionales (democráticamente electos) y de sus representantes en organizaciones internacionales, más que de la colectividad de ciudadanos mundiales (NANZ & STEFFEK, 2004, n. 3). Véase, generalmente, sobre este “déficit democrático”, ALVAREZ, 2007; AMAN, 2004; BESSON, 2011b; BODANSKY, 1999; BOHMAN, 1999; BUCHANAN & KEOHANE, 2006; CHARLESWORTH, 2017; CHARNOVITZ, 2011; CRAWFORD & MARKS, 1998; FALK, 2007; HABERMAS, 2008; R. O. KEOHANE, 1998; KISSLING, 2008; KRAJEWSKI, 2001; LORD, SUOZZI, & TAYLOR, 2010; MARKS, 2000; MARTÍ, 2017; NANZ & STEFFEK, 2004; NANZ, STEFFEK, & KISSLING, 2008; NYE, 2001; PETERS, 2009c; E. STEIN, 2001; A. VON BOGDANDY, 2004; WEILER, 2004; WHEATLEY, 2010, 2011.

<sup>94</sup> “La mayor parte de las teorías de la legitimidad, al menos a nivel nacional, han sido desarrolladas en el marco de un principio democrático básico, según el cual la última fuente de legitimidad es la voluntad del pueblo. En general, solo los regímenes que son democráticos son considerados legítimos. (...) Todas las teorías de la democracia abogan por alguna versión del principio de igualdad democrática, sea que el poder político esté distribuido igualmente entre los ciudadanos, que haya igual oportunidad de influir en las decisiones políticas, igual respeto por la opinión de cada ciudadano, o igual consideración por sus intereses” (MARTÍ, 2017, p. 736). Sobre este “consenso democrático” en la teoría política, véase, por ejemplo, PETER, 2017

<sup>95</sup> El artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público” y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de todo ciudadano a “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. Además, según un estudio realizado en esta misma tesis (véase el capítulo 6), el 86% de los Estados reconoce la autoridad última del pueblo en sus constituciones o documentos fundacionales. Sobre la existencia de un “derecho humano a la democracia”, véase BENHABIB, 2012; CHRISTIANO, 2011a; FAHNER, 2017; FRANCK, 1992; GILBERT, 2012; MAISLEY, 2015a; PETER, 2013.

<sup>96</sup> A principios de la década de 1990, todo parecía indicar que el mundo había llegado a un consenso respecto del principio democrático (véase FOX, 1992; FRANCK, 1992). Si bien en los últimos años han surgido dudas respecto de este optimismo inicial, tanto por la cantidad (DIAMOND, 2015; pero véase LEVITSKY & WAY, 2015) como por la calidad (GILLS & ROCAMORA, 1992; MARKS, 2000) de los regímenes democráticos, la realidad es que la tendencia de verdadero largo plazo -mirando las sociedades a lo largo de los siglos, por ejemplo- indica que, con idas y vueltas, nos vamos acercando cada vez más al ideal.

<sup>97</sup> “Aunque casi ningún pensador hoy niega que la democracia sea el único sistema legítimo para gobernar una sociedad, hay muy poco acuerdo respecto de la fuente de esa legitimidad” (NINO, 1996, p. 2).

El paradigma decimonónico predominante en la disciplina<sup>98</sup> aún concibe como fuente suficiente de legitimidad y validez de las normas internacionales una versión muy débil del consentimiento de los Estados<sup>99</sup>, con mínimos requisitos procedimentales, y sin darle ninguna centralidad a la representación igualitaria de los intereses de los ciudadanos<sup>100</sup>. El resultado es que, como prueba el caso de Zahara Heckscher, gran parte de las normas internacionales son aún negociadas detrás de puertas cerradas, en lugares lejanos, por funcionarios que no fueron elegidos popularmente, que rinden cuentas a las y los ciudadanos solo de un modo muy indirecto, y que discuten en términos que son difíciles de comprender por la ciudadanía sin traductores adecuados<sup>101</sup>. “Es como si la vida externa de nuestras sociedades aún fuera un reflejo de la vida interna de hace cientos de años”, escribe Phillip Allot: “una lucha intermitente entre caballeros teutónicos, barones europeos, señores feudales chinos, o shogunes japoneses. Es como si Thomas Hobbes fuera el único filósofo social del mundo. Es como si no hubieran existido Locke, ni Rousseau, ni Kant, ni Hegel, ni Marx, o ni siquiera Platón, Aristóteles, Lao Tzu o Confucio”<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Estudiaré distintos aspectos de este paradigma a lo largo de la tesis, pero si tuviera que indicar dos textos claves para referenciarlo, diría que deberían verse los dos fallos más importantes de la Corte Permanente de Justicia Internacional: Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso del S.S. Wimbledon* P.C.I.J., Series A, No. 1 (1923), y Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso del S.S. Lotus*, P.C.I.J. Ser. A, No. 10 (1927). Para una discusión de los fundamentos de esta concepción, véase el primer capítulo de PORTMANN, 2010. Para un análisis de la relación entre los distintos paradigmas del derecho internacional, véase WEILER, 2004. Para una aproximación histórica a la “generación de 1873” que dio luz a este paradigma, véase KOSKENNIEMI, 2002.

<sup>99</sup> Para críticas del tipo de consentimiento exigido por el derecho internacional, véase, por ejemplo, BUCHANAN, 2004, p. 303; CHIMNI, 2018; DWORKIN, 2013; PETERS, 2012.

<sup>100</sup> Thomas Christiano llama a esto “el problema de representatividad”, y sugiere que tiene tres aspectos. En primer lugar, “muchos Estados no son democráticos, o no son muy democráticos, y por lo tanto no representan ni siquiera a la mayoría de sus poblaciones muy bien”. En segundo lugar, “incluso los Estados democráticos no siempre representan muy bien a sus minorías, en particular pueblos indígenas y minorías insulares. Y esto puede abarcar a una proporción significativa de la población mundial”. Y, en tercer lugar, “los Estados han tradicionalmente delegado los poderes de política exterior en sus poderes ejecutivos. Tradicionalmente, la rama del gobierno responsable por las relaciones con otros Estados ha sido el ejecutivo. Y el ejercicio de sus funciones de política exterior ha sido bastante antidemocrática” (CHRISTIANO, 2010, pp. 124–125). Véase también BESSON & MARTÍ, 2018, pp. 13–17.

<sup>101</sup> “La gobernanza internacional es remota para los ciudadanos, sus procesos son opacos, y está dominada por diplomáticos, burócratas y especialistas técnicos. Aunque los actos jurídicos fundacionales de la gobernanza internacional están frecuentemente sujetos a procesos de ratificación nacionales, sus normas y estándares cotidianos son negociados por expertos no elegidos, y por funcionarios gubernamentales. Se juntan detrás de puertas cerradas, libres de la intrusión habitual de representantes públicos y grupos de interés en sus procesos de toma de decisiones. Las organizaciones internacionales no aseguran información adecuada a los ciudadanos interesados (corrientes) ni hay suficiente debate público sobre sus decisiones de política pública” (NANZ & STEFFEK, 2004, p. 317).

<sup>102</sup> ALLOTT, 2004, p. 410.

En una segunda fase, en tanto, la bibliografía ha corrido su foco de una crítica del sistema existente a una discusión acerca de los fundamentos, potenciales instituciones y posibles vías de acceso a un sistema político internacional que sí responda al ideal democrático – una “democracia global”<sup>103</sup>. El punto de partida de los argumentos de esta corriente suelen ser dos premisas, una normativa, y la otra empírica<sup>104</sup>. La premisa normativa es que las discrepancias en torno a la conducción de los asuntos públicos deben ser resueltas de modo democrático, es decir, permitiendo la participación igualitaria de los sujetos relevantes en el proceso por el cual se toman estas decisiones<sup>105</sup>. La premisa empírica es que los “sitios de poder” -como los denominó seminalmente David Held<sup>106</sup>- ya no están exclusivamente localizados dentro de los Estados nación, sino que yacen -en muchos casos- en el plano global<sup>107</sup>. En gran medida gracias al proceso de

---

<sup>103</sup> Una muy completa (aunque desactualizada) revisión de la literatura sobre el tema está disponible en ARCHIBUGI & KOENIG-ARCHIBUGI, 2003. Dos revisiones más actualizadas (aunque quizás no tan completas) están disponibles en KUYPER, 2016; ZÜRN, 2016. Algunos de los principales textos son ARCHIBUGI, 2008; ARCHIBUGI & CELLINI, 2017; ARCHIBUGI, KOENIG-ARCHIBUGI, & MARCHETTI, 2012a; BESSON, 2009; BESSON & MARTÍ, 2018; BOHMAN, 1999, 2001, 2007, 2010; BRAY & SLAUGHTER, 2015; CABRERA, 2004; J. COHEN & SABEL, 2004; DE BÚRCA, 2008; DINGWERTH, 2007, 2014; DRYZEK, 2000, 2008; FALK & STRAUSS, 2000a; FRASER, 2010; GOODIN, 2007; HABERMAS, 2001; HAZENBERG, 2015; HELD, 1995a; HOLDEN, 2000; KOENIG-ARCHIBUGI, 2011; KUYPER, 2014; LAFONT, 2010; LANGLOIS & SOLTAN, 2009; LITTLE & MACDONALD, 2013; MACDONALD, 2008; MARTÍ, 2010, 2012; NANZ & STEFFEK, 2004; PETERS, 2009a; PETTIT, 2010b, 2010a; POGGE, 1992; SCHOLTE, 2011, 2014; VALENTINI, 2014; A. VON BOGDANDY, 2004.

<sup>104</sup> “Los demócratas globales comparten la posición de que los individuos deberían autogobernarse colectivamente. En la medida en que el poder migra más allá del Estado, la democracia debería seguirlo” (KUYPER, 2016).

<sup>105</sup> Esta definición genérica de democracia está tomada de CHRISTIANO, 2015. El consenso entre las y los autores respecto de este punto se da en un alto grado de generalidad, y existen luego notables diferencias en cuanto a qué implica cada una de las distintas partes del enunciado; por ejemplo, qué cuenta como discrepancias respecto de asuntos públicos, quiénes son los sujetos relevantes, qué procedimientos respetan la igualdad de estos sujetos, y cuál es la justificación de este principio democrático. Debido, precisamente, a la variedad en las respuestas a estas preguntas es que existen diversas teorías de la democracia, y, por lo tanto, diversas teorías de la democracia global, con variadas características. Sobre el principio de participación como punto de toque de la idea de democracia, véase el capítulo 7 o, por ejemplo, BAYÓN, 2009, p. 223; BESSON & MARTÍ, 2018, p. 7; BRIGHOUSE, 1996, p. 139; CHRISTIANO, 2008, p. 88; GRIFFIN, 2003, p. 120; MARTÍ, 2006a, p. 248; WALDRON, 1999a, p. 238.

<sup>106</sup> HELD, 1995b, p. 173. Como explica Anne Peters, “con los Estados volviéndose cada vez menos (o distintamente) soberanos con respecto a lo que eran, una ciudadanía confinada al Estado nación parece fuera de foco respecto de los verdaderos sitios de poder. Dado que se supone que la ciudadanía es un instrumento de la libre determinación, y dado que la libre determinación solo puede ser ejercitada completamente a través de la cooperación transfronteriza, se sigue que la ciudadanía debe ser ejercitada a un nivel mayor que dentro del Estado nación: no a la globalización sin participación global” (PETERS, 2009a, p. 298). Véase también CHRISTIANO, 2010, pp. 124–125.

<sup>107</sup> “A medida que las decisiones son tomadas fuera del Estado”, escribe Jonathan Kuyper, “los líderes nacionales son incapaces de controlar las fuerzas que impactan en las instituciones nacionales y en sus ciudadanos. Por lo tanto, y como resultado, los individuos dentro de cada Estado no tienen una voz directa

globalización<sup>108</sup>, la necesidad de regulación de asuntos que tradicionalmente quedaban reservados a cada Estado -como cuestiones ambientales, de derechos humanos, de seguridad, financieras, etcétera- se ha trasladado a esferas internacionales o transnacionales<sup>109</sup>. La combinación de las dos premisas, finalmente, da como resultado la necesidad de democratizar los crecientemente importantes procesos de toma de decisiones que ocurren más allá de las fronteras de los Estados.

La literatura está plagada de propuestas acerca de cómo avanzar hacia esta “democracia global”. Algunas y algunos han sugerido que la única forma de democratizar realmente el proceso consiste en crear una verdadera república global, en la que se repliquen las estructuras institucionales domésticas, que son las únicas que pueden garantizar procesos de toma de decisiones realmente democráticos<sup>110</sup>. Otros han sugerido que es valioso mantener el sistema de representación interestatal, siempre y cuando sea

---

respecto de cómo se forjan las reglas globales. Esto socava la idea de que los individuos pueden gobernar colectivamente sus asuntos comunes” (KUYPER, 2016).

<sup>108</sup> Véase, por ejemplo, desde la sociología: BECK, 2004; SASSEN, 2007; desde la economía: RODRIK, 2012, 2013; STIGLITZ, 2002; desde las relaciones internacionales: DE BÚRCA ET AL., 2013; R. KEOHANE, 2003; A.-M. SLAUGHTER, 2004; desde la teoría política: FRASER, 2010; HABERMAS, 2001; YOUNG, 2000b; desde el derecho: DE SOUSA SANTOS & RODRÍGUEZ GARAVITO, 2005; FALK, 2000b; KINGSBURY, 2009a; KINGSBURY, DONALDSON, & VALLEJO, 2016; KINGSBURY, KRISCH, & STEWART, 2005; KRISCH, 2010, 2014; RODRÍGUEZ GARAVITO, 2011; WALKER, 2014..

<sup>109</sup> Esto es consecuencia de la aparición de lo que se ha dado en llamar “bienes públicos globales” o “bienes comunes globales” (KAUL, GRUNBERG, & STERN, 1999; KRISCH, 2014; MARTÍ, 2012). “Si tomamos como grupo relevante el conjunto de la humanidad”, explica José Luis Martí, “es evidente que existen varios de esos bienes, y que algunos de ellos, además, se encuentran gravemente amenazados. Pensemos en el que, según Hobbes, constituye el máspreciado bien de todos: la paz. Hoy, más que nunca en la historia, los efectos perniciosos de una guerra van más allá de las pérdidas en vidas humanas y los sufren todos o prácticamente todos los países del planeta. Ya no digamos si se tratara de una guerra nuclear. La paz nuclear debe ser, probablemente, nuestro bien común global más importante. O en la seguridad antiterrorista, que incluye la seguridad frente a ataques químicos, bacteriológicos o también nucleares. O pensemos en la seguridad nuclear civil, en un momento en el que un accidente en una central nuclear en Fukushima, Japón, puede tener graves repercusiones sobre medio planeta. O en el equilibrio térmico del planeta, que se encuentra en serio peligro por el calentamiento global, y que puede tener nefastas consecuencias para todos. O en el equilibrio medioambiental general, que incluye la prevención de contaminación, la preservación de ecosistemas o de especies naturales, etc. O en la seguridad sanitaria frente a pandemias, en un momento en el que un virus que surge en México puede extenderse a una velocidad prodigiosa y afectar potencialmente a todos los demás habitantes del planeta. O en la seguridad alimentaria, que incluye, como elemento más básico e irrenunciable, la posibilidad misma de comer. O en la seguridad fiscal, que permita a los Estados determinar y aplicar sus sistemas impositivos colaborando entre sí para evitar los fraudes fiscales y los escapes de capitales a paraísos fiscales. O la estabilidad financiera en general, que depende de la existencia de reglas comunes que establezcan cómo debe realizarse la actividad financiera con una dimensión internacional y que protejan al sistema de ataques meramente especuladores. O en la seguridad de las telecomunicaciones globales, y entre ellas especialmente de Internet. O en la justicia distributiva global, que va más allá de la lucha contra el hambre –incluida en el listado anterior. O la mejora del conocimiento humano, que incluye el avance de las ciencias y las artes. O en la protección del patrimonio artístico mundial. Se trata de una larga lista, y ni siquiera es exhaustiva” (MARTÍ, 2012, pp. 29–30).

<sup>110</sup> Véase, por ejemplo, CABRERA, 2004; MARTÍ, 2010.

complementado con una asamblea parlamentaria global, con representantes elegidos directamente por los ciudadanos del mundo<sup>111</sup>. Para otros, en tanto, la democratización es posible aún sin semejantes cambios institucionales, siendo suficiente establecer reglas procedimentales claras que permitan que haya una verdadera deliberación pública e inclusiva antes de tomar decisiones cruciales para la gobernanza global<sup>112</sup>.

Estudiaré en mayor detalle estos argumentos en la última parte de la tesis, en la que abrevaré en las discusiones entre las y los teóricos de la democracia global para reflexionar acerca del derecho a la participación, como parte de un proceso de interpretación constructiva del derecho internacional<sup>113</sup>. Lo que quiero resaltar aquí, simplemente, es lo relevante que puede ser la identificación de este derecho y la determinación de su contenido para estas discusiones. El reconocimiento de la existencia de un derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional no resuelve todos los problemas de legitimidad del derecho internacional, ni establece -por sí solo- una “democracia global”<sup>114</sup>. Pero sí, creo, es un elemento indispensable -a nivel de principio- y accesible -en términos de estrategia- en el camino hacia este ideal.

Primero, este paso es indispensable a nivel de *principio* porque no pueden democratizarse los procesos globales de toma de decisiones sin que antes la comunidad internacional llegue a un acuerdo mínimo respecto de la existencia de un derecho a la participación de la sociedad civil. Si se mantiene el entendimiento decimonónico de que el consentimiento estatal es fuente suficiente de legitimidad y validez, la discusión

---

<sup>111</sup> Véase, por ejemplo, ARCHIBUGI, 2008; FALK & STRAUSS, 2000b; HELD, 1995b, 2010.

<sup>112</sup> Véase, por ejemplo, DRYZEK, 2000; HABERMAS, 2001; PETERS, 2009a. Yo mismo he sugerido algo en esta línea en MAISLEY, 2015a, 2015b.

<sup>113</sup> El primer vínculo entre el estudio que realizaré en la tesis y estas discusiones sobre democracia global, entonces, no tiene que ver con el impacto que el reconocimiento del derecho pueda tener sobre los mecanismos (tanto ideales como reales) de toma de decisiones internacionales, sino más bien a la inversa: tiene que ver con el impacto que el desarrollo teórico puede tener sobre la regulación internacional en cuanto a cuestiones procedimentales. Mi intuición -basada en una cierta mirada del derecho internacional, que desarrollaré en los capítulos 2 y 3 de la tesis- es que la discusión acerca de la *legitimidad* del derecho internacional y del sistema político de toma de decisiones globales está íntimamente conectada con discusiones acerca de la *legalidad* de ciertas reglas procedimentales internacionales (véanse los capítulos 2 y 3 de la tesis, y CAPPS, 2012; DWORKIN, 1986, 2013; LAUTERPACHT, 1949; LETSAS, 2010; NINO, 2014; PETERS, 2013; TASIOLAS, 1996). Uno de los objetivos de esta tesis, entonces, es “traducir” al lenguaje del derecho internacional algunas de las discusiones que se han venido dando entre las y los teóricos de la democracia global en los últimos treinta años, abrevando en esta bibliografía para enriquecer los debates jurídicos.

<sup>114</sup> Elaboraré más sobre este punto en la parte 3 de la tesis. Pero véase, generalmente, BESSON & MARTÍ, 2018.



respecto de las reformas institucionales específicas posibles carece de sentido. El reconocimiento del derecho a la participación, construido en un alto nivel de abstracción<sup>115</sup>, es un prerrequisito implícito de toda teoría de la democracia global<sup>116</sup>. No podría ser de otra manera, dado que el principio contiene en su formulación las dos premisas que antes sugerí que son compartidas por estos autores y autoras: por un lado, la necesidad de que las decisiones públicas sean tomadas mediante procesos que permitan la participación igualitaria de las y los ciudadanos y, por otro lado, la constatación de que la ciudadanía relevante es una que excede las fronteras del Estado nación<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> El desafío viene, por supuesto, cuando el derecho es reconstruido con menos abstracción, como una serie de reglas específicas que le otorgan ya no a “la sociedad civil” como un todo, sino a ciertas organizaciones de este ámbito prerrogativas más puntuales, por ejemplo, de acceso a los espacios de creación del derecho internacional, o de tener una voz en estos procedimientos. Es en esta faceta más institucional del derecho donde ciertas normas pueden al menos no ser directamente conducentes, o indispensables, para alguna versión de la teoría de la democracia global. Esto es cierto, y se relaciona con lo que mencioné anteriormente: el reconocimiento de la existencia del derecho es un paso necesario, pero no suficiente, para construir instituciones globales más democráticas. Sin perjuicio de ello, diría dos cosas al respecto. Primero, según el argumento que presentaré en esta tesis, estas reglas precisas deberán ser entendidas siempre a la luz del principio jurídico más abstracto antes mencionado. Dada la conexión entre legalidad y legitimidad que presupongo, y el método interpretativo con el que operaré, es al menos probable que las reglas concretas sean generalmente coherentes con lo que establece el principio más abstracto, y por lo tanto positivas a la luz de la inclusión democrática. Segundo, el modelo institucional a grandes rasgos resultante de estas reglas abre ciertos espacios -quizás todavía reducidos- para que ciertas organizaciones de la sociedad civil -no todas las organizaciones, y ciertamente no toda la ciudadanía- tengan voz en un procedimiento que sigue siendo, en gran medida, interestatal. Aun cuando esto no solucione el déficit de representatividad del sistema estatista tradicional -crucial para que el sistema político internacional sea democrático-, sí puede contribuir -mínimamente- a mejorar la deliberación pública global que precede a la toma de decisiones, un elemento indispensable, según las mejores versiones de la teoría de la democracia, para asegurar esa “participación igualitaria” de la ciudadanía que se plantea como ideal (véase clásicamente, BAYÓN, 2009; BOHMAN, 1996, 1998; BOHMAN & REHG, 1997; CHAMBERS, 2003; J. COHEN, 1989, 1996, 1999; DRYZEK, 2000; ELSTER, 1998a; FISHKIN, 1991, 2009; GARGARELLA, 1998a, 1998b; GUTMANN & THOMPSON, 2004; HABERMAS, 1991, 1996; KAHANE, WEINSTOCK, LEYDET, & WILLIAMS, 2010; MANSBRIDGE ET AL., 2010; MARTÍ, 2006a, 2006b; NEBLO, 2015; NEBLO, ESTERLING, KENNEDY, LAZER, & SOKHEY, 2010; NINO, 1996; OQUENDO, 2008; PARKINSON & MANSBRIDGE, 2012; RAWLS, 1993; YOUNG, 2001). Es probablemente por este motivo que casi todas las teorías de la democracia global reconocen, a grandes rasgos (BESSON & MARTÍ, 2018, p. 21) los beneficios de que las organizaciones de la sociedad civil tengan algún rol formal en los procesos de creación del derecho internacional (BESSON, 2009; BESSON & MARTÍ, 2018; BOHMAN, 2007, 2010; DRYZEK, 2008; FRASER, 2010; HABERMAS, 2001).

<sup>116</sup> A mi entender, esta línea divisoria permite separar lo que, por ejemplo, Zürn llama posiciones “estatistas” (como las de Christiano, Pettit, o Kymlicka) de posiciones “globalistas”, o verdaderamente demócratas globales (ZÜRN, 2016; véase CHRISTIANO, 2010; KYMLICKA, 2001; PETTIT, 2010b).

<sup>117</sup> Si se reconstruye el derecho en este alto nivel de abstracción, como una especie de principio jurídico -sea como un derecho humano “a participar en la conducción de los asuntos públicos” o como un derecho consuetudinario de las asociaciones de individuos a que se abran cada vez más las puertas de la política global-, entonces, este derecho de la sociedad civil puede ser el reflejo jurídico de lo que, por ejemplo, Susan Marks llamó, desde la teoría, el “principio de inclusión democrática”, según el cual debería existir “una agenda abierta y continuamente recontextualizada que apunte a aumentar el control de los ciudadanos sobre la toma de decisiones que los afectan, y a superar disparidades en la distribución de derechos y oportunidades ciudadanas” (MARKS, 2000, p. 110). Marks abreva para ello en las primeras propuestas de la teoría de la democracia cosmopolita, encabezadas por David Held y Daniele Archibugi (véase MARKS, 2000, p. 110, y sobre la democracia cosmopolita, generalmente, ARCHIBUGI, 2008; ARCHIBUGI & KOENIG-

En segundo lugar, creo que el reconocimiento del derecho a la participación puede ser relevante *como estrategia* para avanzar hacia el ideal de instituciones globales más democráticas. Por un lado, como sugerí anteriormente, el reconocimiento de una cierta prerrogativa como un “derecho” tiene efectos simbólicos e institucionales no desdeñables, que pueden poner en movimiento procesos de inclusión que acerquen al mundo al ideal democrático. Y, por otro lado, no se trata de una propuesta inaccesible en términos políticos -como la de reformar la Organización de las Naciones Unidas, o la de crear una asamblea parlamentaria global<sup>118</sup>-, sino más bien todo lo contrario: al ser un argumento jurídico, tiene las ventajas (aunque también las desventajas) de mantenerse consistente con la práctica real de la comunidad internacional<sup>119</sup>, es decir, de ser una especie de “utopía realista”<sup>120</sup>. El reconocimiento de la existencia del derecho a la participación, entonces, puede al menos generar las condiciones necesarias para que se discutan las reformas institucionales necesarias para cumplir con lo que el derecho -y el ideal democrático- exigen.

## **2.2. El derecho a la participación y la justicia global**

Además de tener un valor en términos de legitimidad, el derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional puede tener un impacto significativo en términos de *justicia*, contribuyendo -por ejemplo- al cumplimiento de los objetivos propuestos en los distintos tratados internacionales de derechos humanos<sup>121</sup>.

---

ARCHIBUGI, 2003; HELD, 1995b), pero su argumento es en gran medida compatible con otras propuestas, como la de James Bohman o la de Samantha Besson (véase BESSON, 2009; BOHMAN, 2007).

<sup>118</sup> Como las que plantean, por ejemplo, ARCHIBUGI, 2008; FALK & STRAUSS, 2000b; HELD, 1995b.

<sup>119</sup> Martti Koskeniemi ha explicado famosamente que cualquier argumento de derecho internacional apela simultáneamente a valores de normatividad (utopía) y concreitud (apología). Véase KOSKENIEMI, 2007, párr. 1 y más generalmente, KOSKENIEMI, 2005. Véase también la discusión del capítulo 3 de esta tesis.

<sup>120</sup> Véase HABERMAS, 2010; RAWLS, 1999; ZÜRN, 2016, p. 89.

<sup>121</sup> Existe una intensa discusión en la bibliografía especializada entre quienes entienden que las obligaciones de justicia -particularmente distributiva- se extienden a la esfera internacional (véase, por ejemplo, ALEGRE, 2007; BEITZ, 1975, 1979; CANEY, 2008; KUPER, 2000; POGGE, 2004; SANGIOVANNI, 2012; SINGER, 2002; VALENTINI, 2011) y quienes creen que estas se limitan a la esfera nacional (véase, por ejemplo, BLAKE, 2002; GARCÍA GIBSON, 2016; NAGEL, 2005; RAWLS, 1999; SELEME, 2007). No me interesa entrar aquí en detalle en esta discusión, aunque sí quiero notar un detalle: incluso aquellas y aquellos que niegan la extensión de las obligaciones de justicia más allá de las fronteras de los Estados aceptan que existe un mínimo de obligaciones “humanitarias”, que requieren, por ejemplo, que las personas no sean dejadas morir de hambre. Quienes sostengan este tipo de posiciones, entonces, compartirán conmigo que el derecho a la participación puede ser útil al menos para cumplir con estas obligaciones mínimas.

Dado que se trata de una cuestión empírica que excede el objeto de la tesis, no puedo aquí presentar más que una serie de ideas e intuiciones respecto de por qué es posible que esto sea cierto. No obstante, no quiero dejar de subrayar la importancia de este punto: las obscenas tasas de pobreza y desigualdad de nuestro mundo -en el que todavía hoy hay 793 millones de personas subalimentadas<sup>122</sup>, en el que todavía hoy hay 263 millones de niños y jóvenes no escolarizados<sup>123</sup>, en el que todavía hoy las mujeres ganan entre un 25 y un 40% menos que los varones por el mismo trabajo realizado<sup>124</sup>- muestran que el sistema institucional actual, como mínimo, no establece los incentivos suficientes para resolver una serie de problemas estructurales pero urgentes de la humanidad. Cualquier reforma institucional, por más pequeña que sea, que tienda a modificar este *statu quo* y a generar incentivos para resolver estos problemas tiene una relevancia superlativa, y debe ser estudiada y considerada en profundidad<sup>125</sup>.

En este sentido, creo que la investigación que pretendo realizar en la tesis es importante, en dos niveles. En un nivel más general, el foco en los procedimientos de toma de decisiones internacionales parece particularmente auspicioso. Por un lado, la escala de las políticas públicas en juego en la gobernanza global permite que ciertos cambios pequeños tengan impactos de gran magnitud, constituyéndose así en un punto de intervención muy eficiente para lograr objetivos complejos, como reducir la pobreza o desigualdad globales<sup>126</sup>. Por otro lado, este foco en los procedimientos globales puede no

---

<sup>122</sup> Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas, *Progresos en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, Informe del Secretario General*, U.N. Doc. E/2017/66 (11 de mayo de 2017), párr. 6.

<sup>123</sup> *Ibid.*, párr. 8.

<sup>124</sup> Véanse las estadísticas publicadas en el sitio web de ONU Mujeres, en base a datos del Banco Mundial: <http://www.unwomen.org/es/what-we-do/economic-empowerment/facts-and-figures> (visitado por última vez el 28 de mayo de 2018).

<sup>125</sup> “Reformas relativamente pequeñas, de escasa repercusión para los ricos del mundo serían suficientes para eliminar gran parte de este déficit de derechos humanos, cuya magnitud hace de estas reformas nuestra tarea moral más importante de nuestro tiempo” (POGGE, 2012, p. 396).

<sup>126</sup> “En el mundo moderno, las reglas que gobiernan las transacciones económicas -tanto nacional como internacionalmente- son generalmente los determinantes causales más importantes en la incidencia y profundidad de la pobreza severa y del déficit de derechos humanos. Son las más importantes por su gran impacto sobre las distribuciones económicas dentro de la jurisdicción sobre la que se aplica. Así, incluso variaciones relativamente menores en las leyes de un país sobre las tasas impositivas, las relaciones laborales, la seguridad social y el acceso a la salud y la educación pueden tener un mayor impacto sobre la pobreza que incluso grandes cambios en los hábitos de consumo o en las políticas de una gran corporación. Este punto también se aplica al orden global institucional. Incluso cambios pequeños en las reglas que gobiernan el comercio internacional, el préstamo, la inversión, el uso de recursos o la propiedad intelectual

solo ser beneficioso, sino más bien indispensable para enfrentar estos desafíos, debido a la reducción de las capacidades regulatorias de cada uno de los Estados, por separado, en un mundo crecientemente globalizado<sup>127</sup>. Piénsese en el caso de los impuestos, por ejemplo. Las y los igualitaristas que quieran adoptar políticas públicas progresistas para redistribuir ingresos a través del sistema impositivo se encuentran hoy ante un dilema difícil de resolver: si adoptan las reglas que creen más justas e imponen impuestos progresivos, se dificulta la llegada de inversiones, indispensables para el desarrollo en un mundo global; pero si reducen los impuestos para atraer capitales extranjeros, sus sociedades se vuelven cada vez más desiguales e inequitativas<sup>128</sup>. La única solución posible a este dilema parece ser, entonces, poner el foco en una reforma institucional más allá de las fronteras del Estado nación, a nivel internacional.

En un segundo nivel, creo que no solo el foco en los procedimientos de toma de decisiones internacionales, sino el foco más específico en el derecho a la participación de la sociedad civil puede tener un impacto particularmente importante en relación a los desafíos de la justicia global. La intuición es que el tipo de reforma institucional que puede resultar del reconocimiento del derecho contribuirá, al menos parcialmente, a alinear los incentivos de los distintos actores para mejorar este panorama de pobreza y desigualdad estructural. Esta intuición se apoya en una idea, bastante ampliamente reconocida entre las y los teóricos políticos<sup>129</sup>, respecto del valor instrumental de la

---

pueden tener un impacto gigantesco en la incidencia global de la pobreza amenazante para la vida” (POGGE, 2012, p. 390).

<sup>127</sup> La decreciente importancia de las fronteras (sobre todo para empresas y otros poderosos actores transnacionales) que es consecuencia de “la escala ampliada, la magnitud creciente, la aceleración y la profundización del impacto de los flujos y patrones transcontinentales de interacción social” (HELD & MCGREW, 2003, p. 13) genera fuertes incentivos para que los Estados deban desregular ciertos ámbitos que, de otro modo, si estuvieran solamente sujetas a procesos democráticos nacionales, estarían más fuertemente regulados. Los gobiernos, “aterrorizados por la amenaza implícita de la fuga de capitales, se han dejado arrastrar a un frenesí de ajuste del gasto y desregulación, generando ganancias obscenas y disparidades de ingreso dramáticas, creciente desempleo, y la marginalización social de una creciente población bajo la línea de pobreza” (HABERMAS, 2001, p. 79). Este es el proceso que tradicionalmente se conoce como un “race to the bottom” (véase, por ejemplo, BENVENISTI, 1999; HARMES, 2014, p. 155; LAFONT, 2017). “Mientras los mercados empujan a la política, el Estado-nación pierde cada vez más su capacidad para cobrar impuestos y estimular el crecimiento, y con ello la habilidad de asegurar los fundamentos esenciales de su propia legitimidad” (HABERMAS, 2001, p. 79).

<sup>128</sup> RODRIK, 2012; STIGLITZ, 2002, Capítulo 3.

<sup>129</sup> Quizás el argumento empírico más famoso y contundente en este sentido es el de Amartya Sen, quien ha sostenido que “ninguna hambruna significativa ha ocurrido nunca en ningún país independiente con una forma de gobierno democrática y una prensa relativamente independiente” (SEN, 1999, p. 152). Véase, más generalmente, ARNESON, 2003; CHRISTIANO, 2011a.

democracia “como un medio para proteger otros derechos básicos y para avanzar intereses de modos que puedan plausiblemente promover el bien común”<sup>130</sup>. La versión más significativa de este argumento es quizás la de Jürgen Habermas, quien sugirió, famosamente, que la opinión pública formada en el contexto de una deliberación inclusiva puede tener la capacidad de forzar a los funcionarios a rendir cuentas de sus actos y, así, de modificar el tipo de decisiones de política pública que se toman en una determinada sociedad<sup>131</sup>. Varios autores han trasladado este tipo de argumentos a la esfera pública global, y han sugerido que las organizaciones de la sociedad civil pueden contribuir a generar una opinión pública transnacional que tenga el “músculo político”<sup>132</sup> necesario para forzar reformas regulatorias necesarias<sup>133</sup>. Volveré sobre este punto más adelante en la tesis, pero basta decir aquí que este potencial de la sociedad civil para, a través de su participación en los procesos de creación de derecho internacional, contribuir a resolver algunos de los problemas de pobreza y desigualdad que aquejan a nuestro mundo es suficiente como para justificar su estudio.

### **III. LAS PREGUNTAS Y LOS ARGUMENTOS DE LA TESIS: FILOSOFÍA DEL DERECHO, DERECHO INTERNACIONAL Y FILOSOFÍA POLÍTICA**

Tomando como punto de partida la aparente indeterminación del derecho internacional antes descripta, esta tesis plantea cuatro preguntas distintas o -lo que es lo mismo- puede ser leída de cuatro formas distintas. Hay una *pregunta general*, que es la pregunta por el derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional. Pero, además, hay *tres sub-preguntas* que pueden cumplir dos roles simultáneos. Por un lado, son -o al menos eso intentaré mostrar- pasos necesarios para proveer una respuesta completa al interrogante general. Y, por otro lado, pueden ser leídas como argumentos separados, con un sentido independiente de aquel que específicamente contribuye a responder la pregunta general planteada en la tesis.

Entonces, hay cuatro preguntas, y cuatro partes: tres específicas, que constituyen argumentos separables, independientes, y una general, que presenta el argumento central

---

<sup>130</sup> J. COHEN, 1996, p. 107.

<sup>131</sup> Véase, generalmente, HABERMAS, 1991, 1996. Para una reconstrucción, y una discusión de las implicancias de la aplicación de estas ideas a la esfera internacional, véase, FRASER, 2010, Capítulo 5.

<sup>132</sup> FRASER, 2010, p. 82.

<sup>133</sup> Véase, por ejemplo, BOHMAN, 2007, 2010; FRASER, 2010; LAFONT, 2010; NANZ & STEFFEK, 2004. Yo mismo defendí una idea de este tipo en MAISLEY, 2013, p. 125.

de la tesis, y que es una combinación, una especie de destilación, de los tres específicos. El siguiente cuadro resume estas preguntas y su relación entre sí:

Sub-preguntas	Pregunta general
<b>(1) ¿Cuál es el método adecuado para interpretar el derecho internacional?</b> - Discusión de <i>filosofía del derecho</i> , cuyo resultado es una teoría de la interpretación del derecho internacional (válida independientemente del argumento general de la tesis).	<b>(4) ¿Existe un derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional?</b> - Discusión central de la tesis, resultado de la combinación de las tres discusiones específicas.
<b>(2) ¿Admiten las fuentes del derecho internacional la posibilidad de la existencia de un derecho de la sociedad civil a la participación?</b> - Discusión de <i>derecho internacional</i> en sentido estricto, cuyo resultado puede ser compartido incluso por quien no comparta el planteo metodológico propuesto en la sección anterior.	
<b>(3) ¿A la luz de qué consideraciones deberían leerse los documentos y materiales relevantes, a los fines de determinar si existe un derecho de la sociedad civil a la participación?</b> - Discusión de <i>filosofía política</i> , cuyas conclusiones pueden ser relevantes para los debates sobre democracia global, independientemente del argumento de la tesis.	

A continuación, presentaré en mayor detalle estas preguntas de cada una de las cuatro partes de la tesis: la primera, (1) sobre filosofía del derecho internacional, la segunda, (2) sobre las fuentes del derecho internacional a la participación, la tercera, (3) sobre filosofía política y democracia global, y la última, (4) el argumento de conjunto sobre el derecho de la sociedad civil a la participación. Además, presentaré un breve resumen de los argumentos que daré en respuesta a cada una de ellas en los diez capítulos que componen la tesis.

## 1. FILOSOFÍA DEL DERECHO: LA PREGUNTA POR EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La primera de las tres sub-preguntas es metodológica. Para poder descifrar qué es lo que establece el derecho internacional en relación a las prerrogativas de la sociedad civil, es necesario contar con un método coherente para interpretarlo. Por eso, en los primeros dos capítulos de la tesis estudiaré las teorías de la interpretación del derecho internacional.

El *capítulo 2* relevará lo que llamaré “las aproximaciones tradicionales” a la pregunta de cómo resolver las indeterminaciones del derecho internacional, es decir, aquellas que han prevalecido históricamente en la disciplina, y que aún hoy constituyen las respuestas predominantes en la materia<sup>134</sup>. Lo que caracteriza a estas aproximaciones, según argumentaré, es que carecen de una teoría plausible que permita dar cuenta de la existencia de desacuerdos teóricos respecto del derecho<sup>135</sup>. Todas ellas suponen, por el contrario, que cualquier desacuerdo respecto de la identificación o interpretación del derecho internacional es un desacuerdo puramente empírico, es decir, que se puede resolver completamente a través de la constatación de la existencia o inexistencia de ciertos hechos sociales. Este problema teórico de estas aproximaciones tradicionales se traduce, a su vez, en un problema práctico: dado que no pueden identificar el verdadero punto de discrepancia, no pueden proveer mecanismos adecuados para resolver estas disputas interpretativas<sup>136</sup>.

Considerando estos problemas de las miradas tradicionales, el *capítulo 3* buscará presentar una teoría alternativa de la interpretación del derecho internacional, a la que describiré como una teoría de la “argumentación constructiva”<sup>137</sup>. Siguiendo el razonamiento del capítulo anterior, sostendré que cualquier teoría que pretenda superar las deficiencias de las aproximaciones tradicionales debe tener como punto de partida la constatación de que las disputas interpretativas reflejan, muchas veces, desacuerdos normativos -y no meramente empíricos- entre los participantes de la disciplina. Se debe asumir, entonces, que el derecho internacional es una “práctica argumentativa” en la que los distintos participantes intercambian, además de datos empíricos, razones, tratando de

---

<sup>134</sup> Véase, en relación a tratados internacionales, por ejemplo, AUST, 2007, pp. 231–232; BJORGE, 2014, 2015; BROWNLIE, 2008, p. 630; DÖRR, 2012, pp. 522–523; G. FITZMAURICE, 1951; M. FITZMAURICE, ELIAS, & MERKOURIS, 2010, p. 745; JONAS & SAUNDERS, 2010, p. 578; LOWE, 2007, p. 117; O’CONNELL, 1970, p. 253; ORAKHELASHVILI, 2008, pp. 301–392; SOREL & BORÉ EVENO, 2011, p. 804. En relación a la costumbre internacional, véase, además de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, SENDER & WOOD, 2015, 2017; TOMKA, 2013; WEIL, 1983; WOOD & SENDER, 2014.

<sup>135</sup> Adoptan, así, lo que Ronald Dworkin llamó “la perspectiva del hecho evidente” (DWORKIN, 1986, pp. 6–11.).

<sup>136</sup> Véase, desde diversas perspectivas, por ejemplo, BODANSKY, 2014; CHOI & GULATI, 2016; FIDLER, 1996; GEIGER, 2011; KELLY, 2000; KIRGIS, 1987; LEPARD, 2012; MAISLEY & LOSADA REVOL, 2016; TALMON, 2015a; TASIOULAS, 1996, 2009; TRACHTMAN, 2016; WOLFKE, 1993.

<sup>137</sup> La teoría estará basada, generalmente, en trabajos como DWORKIN, 1986; NINO, 1989, 2013, 2014; WALDRON, 2011c, 2011b, y se aproximará a argumentos como los de ÇALI, 2009; CAPPS, 2009, 2012; A. CASSESE, 2011; KIRGIS, 1987; LAUTERPACHT, 1925, 1932, 1946, 1949; LETSAS, 2007, 2010; PETERS, 2001, 2006, 2013; ROBERTS, 2001; TASIOULAS, 1996, 2009; VOYIAKIS, 2009..

convencerse mutuamente de que su visión particular del sistema jurídico internacional, y de los derechos y obligaciones que este impone, es la correcta. Estas razones, sostendré también, necesariamente estarán enmarcadas en el discurso moral, haciendo de la práctica interpretativa del derecho internacional un ejercicio particular de argumentación moral<sup>138</sup>.

Los argumentos de estos dos primeros capítulos definen la metodología que adoptaré a lo largo de la tesis. En los demás capítulos, asumiré que para determinar si existe o no un derecho de la sociedad civil a la participación, una intérprete del derecho internacional debe mirar, en efecto, los elementos empíricos que enfatizaban las aproximaciones tradicionales, pero que además debe hacerlo a su mejor luz de filosofía política, tratando de identificar cuál de las posibles versiones de ellos es la que mejor se ajusta al propósito del sistema jurídico internacional. Siguiendo este método, en la segunda parte de la tesis (capítulos 4 a 6) estudiaré lo que Ronald Dworkin llama “las reglas y estándares que proveen el contenido tentativo de la práctica”<sup>139</sup>. Luego, en la tercera (capítulos 7 a 9) intentaré definir “una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada”<sup>140</sup>. Finalmente, en la cuarta y última (capítulo 10), buscaré “ajustar el sentido de lo que la práctica ‘realmente’ requiere para servir mejor la justificación que se aceptó en [la fase anterior]”<sup>141</sup>.

## **2. DERECHO INTERNACIONAL: LA PREGUNTA PREINTERPRETATIVA POR LAS FUENTES DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN**

Una vez resuelta la pregunta metodológica, quedarán más claras las sub-preguntas restantes. Siguiendo el método que defendí en la primera parte, esta segunda parte de la tesis estudiará la pregunta empírica que busca identificar los materiales jurídicos tentativamente relevantes para determinar la existencia o inexistencia -y, en su caso, el contenido- de un derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional. En mi opinión, los hallazgos de esta parte deben ser combinados luego con un análisis normativo, que realizaré en los capítulos 7 a 9 de la tesis. Pero también pueden ser leídos y considerados independientemente de este análisis: quien no comparta mi argumento sobre la naturaleza constructiva de la interpretación del derecho internacional

---

<sup>138</sup> Véase NINO, 2013, 2014.

<sup>139</sup> DWORKIN, 1986, pp. 65–66.

<sup>140</sup> DWORKIN, 1986, p. 66.

<sup>141</sup> DWORKIN, 1986, p. 66.



podrá leer esta segunda parte como un argumento autosuficiente -aunque mucho más modesto, por supuesto- respecto del derecho a la participación de la sociedad civil.

Los capítulos que componen esta sección son tres, uno por cada una de las fuentes que creo que constituyen y dan forma al derecho a la participación. El *capítulo 4* argumenta que el derecho se puede derivar del artículo 25(a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que le otorga a cada ciudadano “el derecho y la oportunidad (...) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”<sup>142</sup>. A diferencia de la mayor parte de las y los autores, que creen que este artículo es solamente aplicable a la esfera nacional de creación de derecho<sup>143</sup>, yo sostendré que esta cláusula puede ser interpretada otorgándoles a los ciudadanos globales el derecho a participar en la creación del derecho internacional. Para ese propósito, interpretaré el artículo de acuerdo con las reglas de interpretación de tratados establecidas en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). El capítulo también incluirá una breve reflexión sobre las implicancias de esta lectura del artículo 25(a), incluidas algunas ideas sobre el contenido e implementación del derecho tal como emana de esta fuente específica.

En el *capítulo 5*, sugeriré que el derecho a la participación también puede emanar de una fuente consuetudinaria. Para ello, realizaré un estudio de las cláusulas que regulan el rol de la sociedad civil en las reglas de procedimiento de más de ochenta foros en los que se crea derecho internacional, incluyendo conferencias internacionales de diversos tipos, espacios de creación de derecho internacional institucional, y mecanismos informales de creación de normas. Luego, consideraré estos resultados a la luz de los estándares generalmente aceptados para la identificación de normas de costumbre internacional. Mi conclusión será que puede divisarse la emergencia de un derecho a la participación, en dos niveles. En un primer nivel, más concreto, el derecho puede ser dividido en tres prerrogativas: un derecho general de acceso, ciertas garantías mínimas de participación, y un derecho a tener una voz en el procedimiento<sup>144</sup>. En un segundo nivel, más abstracto,

---

<sup>142</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 U.N.T.S. 171 (19 de diciembre de 1966), artículo 25(a).

<sup>143</sup> Véase, por ejemplo, FOX, 1992, 2008; JOSEPH & CASTAN, 2013, pp. 727–758; STEINER, 1988.

<sup>144</sup> Estas ideas originalmente provienen de PETERS, 2009b, y en el capítulo intento constatarlas empíricamente.

el derecho puede ser concebido como una obligación programática de expandir continuamente los espacios inclusivos de participación.

En el *capítulo 6*, consideraré la tercera fuente relevante en relación al derecho de la sociedad civil a la participación: “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”<sup>145</sup>. Específicamente, argumentaré en pos de la existencia de un “principio de participación”, según el cual la autoridad de la regulación pública depende del grado de participación (no solo electoral, sino también no electoral) de la ciudadanía en los procesos en los cuales fue establecida. Para ello, reconstruiré dos métodos distintos defendidos en la doctrina para la identificación de este tipo de principios -un método “comparativo”<sup>146</sup>, y otro “esencialista”<sup>147</sup>- y sostendré que cualquiera sea el método que se utilice, la conclusión a la que se llega es la existencia de este principio. Así, realizaré un estudio comparado de las constituciones y documentos fundacionales de los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas, y concluiré que una enorme mayoría reconoce este principio *in foro domestico*, lo que sugiere que se trata de uno de esos principios generales reconocidos por el derecho internacional. Luego sugeriré que, si este principio en efecto existe, entonces la autoridad del derecho internacional depende no solo de la “legitimidad transitiva” que los Estados le puedan dar como representantes de los intereses de sus nacionales<sup>148</sup>, sino también del grado de participación directa de esos individuos en su creación. Por lo tanto, si el derecho internacional pretende ser autoritativo -cosa que asumo-, la participación ciudadana debe ser admitida en un grado mayor en el proceso de creación de derecho.

### **3. FILOSOFÍA POLÍTICA: LA PREGUNTA SOBRE EL ROL DE LA SOCIEDAD CIVIL EN RELACIÓN A LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL**

La tercera parte de la tesis, dividida en tres capítulos, estará dedicada a reflexionar acerca del rol de la sociedad civil en el ideal de la democracia global, a fin de que estas consideraciones sirvan de insumo para interpretar a su mejor luz los materiales jurídicos identificados en la parte anterior. Pese a que esta combinación de los argumentos de las distintas partes de la tesis es la que más me interesa, una vez más, el argumento específico

---

<sup>145</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.c.

<sup>146</sup> Véase, por ejemplo, AKEHURST, 1976, p. 814; BARBERIS, 1991, pp. 29–38; BOGDAN, 1977, p. 43; CHENG, 1987, pp. 376, 392; KOLB, 2006b; RAIMONDO, 2008, pp. 45–70; SCHLESINGER, 1957.

<sup>147</sup> Véase, por ejemplo, CHENG, 1953a, 1953b, 1987; FREEMAN JALET, 1963; VERDROSS, 1935.

<sup>148</sup> Véase, por ejemplo, CHRISTIANO, 2010; PETTIT, 2010b.

de estos capítulos puede ser leído y considerado como uno autosuficiente, de filosofía política, acerca del espacio que deberían ocupar las organizaciones de la sociedad civil en una democracia global.

En el *capítulo 7* sostendré que las razones de moralidad política que justifican la autoridad del sistema jurídico internacional refieren centralmente -al igual que en el caso de los sistemas jurídicos nacionales- al ideal de autogobierno democrático y que, por lo tanto, nuestra intérprete deberá buscar aquella lectura de las normas que presente al sistema en su versión más coherente respecto de este ideal. Para probar este punto, primero reconstruiré un argumento general que identifica al ideal de autogobierno democrático como justificación prototípica de la autoridad del derecho, en cualquier circunstancia. De ese razonamiento se deriva una especie de presunción de que cualquier norma jurídica debe ser creada a través de procedimientos democráticos. Luego, responderé a dos argumentos que sostienen que esta presunción general no es aplicable en el caso específico del derecho internacional: uno que afirma que los sujetos relevantes para el análisis en el caso del derecho internacional son distintos, porque son los Estados (y no los individuos) los que crean y son regulados por el derecho internacional, y otro que sostiene que las decisiones de creación de normas internacionales no son pasibles de exigencias de legitimidad, entre otras razones, porque las normas creadas no son aplicadas coercitivamente. En ambos casos, intentaré mostrar que el derecho internacional se parece más al derecho nacional de lo que las objeciones sostienen, y argumentaré que su legitimidad depende de la existencia de procedimientos democráticos de creación. En el ínterin, además, intentaré precisar un poco más qué debe entender nuestra intérprete por “derecho internacional” en este contexto, y quiénes podrían exigir ser incluidos en los procedimientos democráticos en cuestión.

El *capítulo 8* estará dedicado a analizar el principio de autogobierno democrático y su aplicación a las particulares condiciones en que funciona la creación de derecho más allá de las fronteras de los Estados. La discusión, en línea con el argumento de la tesis, girará en torno a si este principio genera o no una exigencia de que existan espacios de participación directa de la sociedad civil en los procesos de toma de decisiones que llevan a la creación del derecho internacional. La inquietud tiene relevancia dado que dos de las corrientes más importantes en las discusiones de democracia global han defendido esquemas institucionales que le restan importancia a la existencia de estos espacios de

participación directa: quienes defienden un “modelo estatista”, por un lado, y quienes defienden un modelo de “democracia cosmopolita”, por el otro. Para discutir con estas dos escuelas, presentaré un argumento general sosteniendo que la representación política no es en sí mismo algo valioso, sino en todo caso un mal necesario, y que la participación directa de la sociedad civil es indispensable para democratizar los procesos de toma de decisiones, en todos los casos. Con las herramientas teóricas desarrolladas en esta primera sección, la segunda estará dedicada específicamente al plano global. Además de responder los argumentos de quienes defienden los modelos “estatista” y “cosmopolita” -usando principalmente las herramientas teóricas de la discusión de la sección anterior-, exploraré un modelo alternativo de democracia global, que le otorga un rol más central a la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones.

El tercer y último capítulo de esta parte, el *capítulo 9*, estudiará los fundamentos emocionales de la teoría de la democracia global defendida en la tesis. Específicamente, el capítulo está orientado a responder los argumentos de ciertos autores escépticos o críticos respecto de la posibilidad de constituir relaciones de ciudadanía más allá de las fronteras nacionales<sup>149</sup>. El corazón de esta crítica consiste en que los lazos de solidaridad, empatía, confianza, virtud cívica, compasión o reciprocidad que son indispensables en cualquier relación política nunca nacen por el solo hecho de compartir la condición humana, sino que requieren algún vínculo personal más estrecho, ya sea afectivo, territorial, étnico, cultural, o de alguna otra índole. Según estos autores y autoras, por diversas razones, este vínculo no está presente a nivel global<sup>150</sup>. El peligro es que, si esta crítica fuera acertada, entonces la existencia de un derecho de la sociedad civil a participar en estos procesos no tendría sentido o, peor aún, sería contraproducente. En este capítulo intentaré responder a estos argumentos, de dos maneras. En una primera sección, aceptaré la premisa del argumento de estos autores respecto de la necesidad de esta “solidaridad global”, pero -contra lo que ellas y ellos sugieren- afirmaré que esta -y, por lo tanto, la democracia global- es posible. En una segunda sección, en tanto, exploraré un fundamento motivacional de la democracia alternativo a la idea de “solidaridad” con la

---

<sup>149</sup> Véase, por ejemplo, DAHL, 1999; KYMLICKA, 2001; MACINTYRE, 1995; D. MILLER, 1995; R. MILLER, 1998; MORAVCSIK, 2004; NAGEL, 2005; PAREKH, 2003; TAYLOR, 2003; URBINATI, 2003; VIROLI, 1995; WALZER, 1987.

<sup>150</sup> David Miller, por ejemplo, defiende la versión más habitual del particularismo, la nacionalista: según él, “en el contexto de grandes grupos de personas, lo único que puede proveer el sentimiento de solidaridad que hace esto posible es una nacionalidad común” (D. MILLER, 1995, p. 98).

cual trabajan muchos particularistas. Siguiendo a Jeremy Waldron<sup>151</sup>, sugeriré que la necesidad de convivir en espacios geográficamente compartidos puede generar predisposiciones emotivas suficientes para que los ciudadanos constituyan una comunidad política democrática. En este caso, no será un fundamento altruista o principista el que los impulse a vincularse con sus pares, sino más bien uno basado en el temor a la posibilidad de convivir sin reglas, y a los riesgos que ello conlleva.

#### **4. EL DERECHO INTERNACIONAL, ENTRE LA APOLOGÍA Y LA UTOPIA: LA PREGUNTA POR EL DERECHO DE LA SOCIEDAD CIVIL A PARTICIPAR EN LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL**

En el *capítulo 10* de la tesis, el único de la cuarta parte, intentaré “tirar de los hilos” de los argumentos presentados en los capítulos anteriores para, primero, defender la existencia de un derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional y, segundo, presentar una recapitulación acerca del contenido del derecho, leyendo sus tres fuentes (la convencional, la consuetudinaria, y el principio general) a su mejor luz, considerando los argumentos de la última sección. Además, el capítulo incluirá una reflexión general acerca del ejercicio de interpretación que realiza la tesis, su potencial y sus límites. Mi intuición es que el argumento que presento en este trabajo puede ser criticado desde dos flancos opuestos. Por un lado, se puede sostener que el derecho que identifiqué en la tesis es insuficientemente ambicioso, y que desdibuja los ideales de la democracia global que pretende honrar. Pero, por otro lado, se puede afirmar que esperar el reconocimiento de un derecho de este tipo es demasiado *naïf*, y que los Estados jamás aceptarán su existencia. Lo que sugeriré en esta última sección, siguiendo a Martti Koskenniemi<sup>152</sup>, es que ambas críticas son esperables y válidas, o -más aún- que son una consecuencia inevitable de la opción metodológica adoptada desde un principio, es decir, de mi decisión de intentar interpretar el derecho internacional “desde adentro”. Retomando algunas ideas presentadas en esta introducción, sugeriré -no obstante- que la identificación del derecho quizás no resuelva todos los problemas de legitimidad ni de justicia que enfrentamos actualmente, pero que sí es una gran noticia para aquellos y aquellas que, como Zahara Heckscher, quieran tomar las riendas de su destino y hacer oír su voz para lograr un mundo un poco más justo.

---

<sup>151</sup> WALDRON, 1999b.

<sup>152</sup> Véase, generalmente, KOSKENNIEMI, 2005, y más puntualmente, KOSKENNIEMI, 2007. Véase también BUIS, 2015.



**PARTE I: METODOLOGÍA – ARGUMENTACIÓN  
CONSTRUCTIVA EN LA INTERPRETACIÓN DEL  
DERECHO INTERNACIONAL**





## **CAPÍTULO 2: LOS PROBLEMAS DE LAS APROXIMACIONES CLÁSICAS A LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL**

En el capítulo anterior vimos que las y los juristas internacionales aún no se han puesto de acuerdo acerca de si existe o no un *derecho* de las organizaciones de la sociedad civil a participar en los procesos de creación de normas internacionales. Mientras que algunos niegan la existencia de cualquier prerrogativa<sup>1</sup>, y que otros defienden un derecho en términos bastante abstractos<sup>2</sup>, la posición mayoritaria habla de una “expectativa de participación”, aun no consolidada como un “derecho”<sup>3</sup>. La cuestión, en suma, parece estar “indeterminada”.

Como vimos, también, resolver esa indeterminación es importante para muchas personas. Este capítulo y el siguiente estudian los métodos de interpretación del derecho internacional, es decir, los procesos por los cuales personas como Zahara Heckscher -la paciente con cáncer que quería hacer oír su voz en las negociaciones del TPP- o Michael Froman -el representante de comercio de los Estados Unidos, a cargo de las negociaciones del TPP-, intentan resolver estas indeterminaciones del derecho internacional y comprender cuáles son los derechos que este les concede y las obligaciones que este les impone a quienes están involucrados en estos procesos.

La interpretación del derecho internacional, entonces, tal como la estudiaré en estos capítulos, tiene una serie de características que asumiré como supuestos en mi razonamiento. Primero, (i) asumiré la existencia de una “intérprete”, que es una persona, y no una institución - es decir, no es un Estado, una organización internacional (OI), o una organización no gubernamental (ONG), aunque sí puede ser, por ejemplo, un funcionario de un Estado, como en el caso de Froman, o una activista de una ONG, como

---

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 57; BROWNLIE, 2003, pp. 287–295; MALANCZUK, 1997, pp. 97, 100; NGUYEN QUOC ET AL., 2002, p. 653; PRONTO, 2008, p. 65; RYNGAERT, 2010, p. 81; SHAW, 2003, p. 163; TULLY, 2007, p. 329.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, NIJMAN, 2004, p. 469; NOWROT, 1999, p. 625; SZAZI, 2012, pp. 142–169; WILLETTS, 2000, p. 205, 2011, p. 163

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, CHARNOVITZ, 2006b, pp. 368–372; ILA, 2012; KLEINLEIN, 2011, p. 48; LINDBLOM, 2006, p. 526; PETERS, 2009b, pp. 221–227; PETERS ET AL., 2009, p. 545; REBASTI, 2008, p. 67; WOODWARD, 2010, pp. 40, 390

Zahara<sup>4</sup>. Segundo, (ii) nuestra intérprete no es necesariamente una jueza, sino que puede asumir, hipotéticamente, cualquier rol que la haga interesarse en la cuestión. Lo que voy a esbozar no es, entonces, una “teoría de la adjudicación”, sino simplemente una “teoría de la interpretación”. La teoría no incorpora aspectos institucionales respecto del rol específico de la intérprete, sino que es general, y debe ser en todo caso complementada por razones institucionales aplicables a cada sujeto específico. Tercero, (iii) el interés de nuestra intérprete en resolver la indeterminación no es puramente abstracto, sino que tiene fines prácticos. Aun cuando finalmente decida no cumplir con sus obligaciones, o no exigir el respeto de sus derechos, la intérprete quiere saber qué es lo que mandan las normas respecto de su caso particular, porque entiende que eso es al menos relevante para su decisión respecto de qué curso de acción tomar<sup>5</sup>. Si las y los activistas como Zahara entienden que tienen un derecho a participar, entonces podrán salir a la calle a demandarlo, o buscar algún tribunal al que apelar, o podrán adoptar las vías que consideren apropiadas para exigir que los funcionarios cumplan con él. Si los funcionarios como Froman entienden que no existe ese derecho, en tanto, considerarán si permitir o no la participación de las organizaciones, pero sin las ataduras propias de sentir que están obligados a ello. Lo mismo se aplica a jueces, asesores jurídicos, funcionarios de organizaciones internacionales, diplomáticos, y un largo etcétera de actores con roles en los cuales el derecho internacional es relevante. Finalmente, (iv) asumiré que nuestra intérprete busca identificar el significado del derecho de buena fe, es decir, que no pretende manipular las normas para que funcionen su favor<sup>6</sup>. Esto no quiere decir que

---

<sup>4</sup> Esa posición especial que tengan puede implicar ciertas responsabilidades institucionales (por ejemplo, de defender del mejor modo posible los intereses de la institución que representan), y la teoría de la interpretación que desarrollaré aquí deberá ser combinada luego con esas consideraciones institucionales. Pero no creo que esto afecte mi argumento, porque esas cuestiones institucionales no serán oponibles a los demás participantes de la práctica interpretativa, del mismo modo que las razones del tipo “pero esa es solo tu opinión” o “hago esto porque me conviene”. Esto se debe a que estas razones no adoptan una perspectiva interna, interpretativa, del derecho internacional. Para el desarrollo de esta idea, véase la introducción al capítulo 3. Véase también DWORKIN, 1986, p. 86.

<sup>5</sup> Creo que la propuesta de Ronald Dworkin de imaginar que existe un tribunal internacional con jurisdicción para decidir cualquier caso que se le lleve y con la capacidad de imponer sanciones, para así delinear con precisión la pregunta por la interpretación del derecho internacional (DWORKIN, 2013, p. 14) cristaliza una presuposición como la que aquí sugiero que debemos hacer.

<sup>6</sup> Alguien podría criticar este presupuesto afirmando que esto vuelve a mi teoría muy marginal, puesto que la mentira y la manipulación del derecho internacional es la práctica más común, y que los sujetos no tienen ningún incentivo para ni siquiera mostrarse honestos en su aproximación a él. Disiento con esta posición. Aunque reconozco que esto en muchas ocasiones ocurre, si el derecho tiene algún rol en guiar las conductas de los diversos sujetos, entonces una aproximación sincera a encontrar su contenido se vuelve

deba ubicarse en una posición de neutralidad estéril, ni que su razonamiento no tenga sesgos propios de su posición: solo quiere decir que no manipulará conscientemente los hechos ni mentirá en cuanto a los valores que asume, y que intentará que sus razones sean universales, aceptables por aquellos con quienes sostiene la disputa interpretativa.

Con esas premisas como punto de partida, este primer capítulo relevará lo que llamaré “las aproximaciones tradicionales” a la pregunta de cómo resolver estas indeterminaciones del derecho internacional, es decir, aquellas que han prevalecido históricamente en la disciplina, y que aún hoy constituyen las respuestas predominantes en la materia. Lo que caracteriza a estas aproximaciones, según argumentaré, es que carecen de una teoría plausible que permita dar cuenta de la existencia de desacuerdos teóricos respecto del derecho. Todas ellas suponen, por el contrario, que cualquier desacuerdo respecto de la identificación o interpretación del derecho internacional es un desacuerdo puramente empírico, es decir, que se puede resolver completamente a través de la constatación de la existencia o inexistencia de ciertos hechos sociales. Por ejemplo, para saber si existe una costumbre internacional que otorgue un derecho de participación a la sociedad civil, bastará con constatar la práctica estatal permitiendo esta participación. Y para interpretar el artículo 25(a) del PIDCyP, será suficiente con comprobar en los diccionarios el significado convencional de la frase “asuntos públicos”, o con indagar en cuáles fueron las intenciones de aquellos que redactaron el tratado.

En este capítulo describiré estas aproximaciones e intentaré señalar sus problemas. Siguiendo a Ronald Dworkin, sostendré que las deficiencias de estas perspectivas -que él llama “del hecho evidente”<sup>7</sup>- se presentan en dos planos. En primer lugar, son problemáticas en un sentido *práctico*, porque son incapaces de efectivamente resolver las indeterminaciones del derecho internacional. Y, en segundo lugar, son defectuosas en un plano *teórico*, porque no pueden dar cuenta del tipo de desacuerdos que se presentan en el derecho internacional.

El capítulo estará dividido en dos secciones: una dedicada a la presentación y el análisis de las aproximaciones tradicionales, y otra presentando algunas conclusiones teóricas respecto de los problemas de estos enfoques. La primera sección, la más extensa,

---

indispensable. Véase el viejo adagio de HENKIN, 1979, p. 47 y, por ejemplo, CHAYES & CHAYES, 1995; FRANCK, 1990; GUZMAN, 2008; KINGSBURY, 1998; KOH, 1997.

<sup>7</sup> DWORKIN, 1986, p. 7.

tendrá tres partes, correspondientes a las tres fuentes clásicas del derecho internacional, y a sus respectivas reglas de identificación e interpretación. La segunda, más breve, presentará las bases teóricas que, luego, en el segundo capítulo, utilizaré para identificar una teoría alternativa que resuelva los problemas de las perspectivas tradicionales.

Antes de continuar, una aclaración metodológica. En la tradición de la filosofía del derecho, y (parcialmente, al menos) en la obra del propio Dworkin, esta “perspectiva del hecho evidente” ha sido típicamente asociada con la corriente conocida como “positivismo jurídico”. En esta sección, no obstante, discutiré menos con los grandes teóricos del “positivismo jurídico internacional” y más con posiciones presentes en la práctica cotidiana de la disciplina (a veces sí reconstruidas por teóricos), por dos motivos. Primero, porque las teorías positivistas que defienden posiciones como las de la perspectiva del hecho evidente han alcanzado un nivel de sofisticación mucho menor en derecho internacional que en derecho nacional, quizás por un histórico desinterés de la disciplina hacia la filosofía<sup>8</sup> o quizás por las características propias del derecho internacional. Y segundo, porque la mayor parte de los teóricos de lo que se conoce como “positivismo jurídico internacional” no han defendido posiciones como las que describo en este capítulo, sino que se han acercado más a una mirada que sí reconoce el desacuerdo teórico, pero lo resuelve de un modo peculiarmente positivista<sup>9</sup>. Estas posiciones se acercan a lo que en derecho nacional se conoce como “positivismo normativo”<sup>10</sup> – una corriente que sostiene que hay razones morales para no incluir consideraciones normativas en los procesos de interpretación del derecho. Estudiaré los argumentos de estos autores en el segundo capítulo de la tesis, junto con una tradición alternativa respecto de la interpretación del derecho internacional, que sí reconoce los desacuerdos normativos y presenta un método coherente para resolverlos.

---

<sup>8</sup> Sobre esta falta de interés, véase, por ejemplo, A. CASSESE, 2011, p. 252.

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, BECKETT, 2001, 2008, pp. 76–83; BESSON, 2010, p. 166; D’ASPREMONT, 2011, pp. 142–146; D’ASPREMONT & KAMMERHOFER, 2014, n. 2; KAMMERHOFER, 2014, p. 82; KINGSBURY, 2002b, 2009b, pp. 27–31; SOMEK, 2010, pp. 993–995; VON BERNSTORFF, 2010, pp. 268–271; WEIL, 1983

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, BESSON & MARTÍ, 2009, pp. 31–36; CAMPBELL, 1996; CELANO, 2013; MACCORMICK, 1985; MARTÍ, 2008a; MURPHY, 2001, 2005; SCHAUER, 1996, 2005; WALDRON, 2001.

## **I. LAS APROXIMACIONES CLÁSICAS Y LA PERSPECTIVA DEL HECHO EVIDENTE**

En los sistemas jurídicos nacionales, las normas suelen ser producto de procedimientos legislativos, o en todo caso, de largas tradiciones jurisprudenciales. Las fuentes del derecho internacional, en cambio, “son una compleja maraña de ideas, compromisos y aspiraciones”<sup>11</sup> en las que las líneas de división entre lo legal y lo meramente hortatorio son mucho más difusas<sup>12</sup>. Sin perjuicio de ello, el punto de partida habitual de las y los abogados internacionalistas suele ser el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>13</sup>. Este artículo dispone que la Corte, “cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas”<sup>14</sup>, debe aplicar tres tipos de normas: “las convenciones internacionales”<sup>15</sup>, “la costumbre internacional”<sup>16</sup>, y “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”<sup>17</sup>. El artículo 38 no da ninguna indicación adicional respecto de la interpretación de estas fuentes, más allá de establecer que “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones” sirven “como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”<sup>18</sup>. Pero, fuera del artículo 38, el derecho internacional sí ha desarrollado ciertas reglas y estándares para identificar e interpretar estas fuentes, a cuyo estudio se abocará a continuación el capítulo. Empezaré por (1) las reglas de interpretación de tratados. Luego, analizaré (2) las reglas de identificación e interpretación de la costumbre. Y, finalmente, consideraré (3) las reglas concernientes a otras fuentes del derecho internacional.

---

<sup>11</sup> CHARLESWORTH, 2012, p. 187

<sup>12</sup> Véase al respecto, por ejemplo, CHARLESWORTH, 2012; CHINKIN, 1989; FASTENRATH, 1993; GOLDMANN, 2010; KINGSBURY, 2009b; WEIL, 1983.

<sup>13</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38. Para un análisis pormenorizado, véase, por ejemplo, PELLET, 2012.

<sup>14</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.

<sup>15</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.a.

<sup>16</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.b.

<sup>17</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.c.

<sup>18</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.d.

## 1. LAS MIRADAS CLÁSICAS SOBRE LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS

Las pautas de interpretación de acuerdos internacionales están establecidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT)<sup>19</sup>. La regla general, incluida en el artículo 31, sostiene que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”<sup>20</sup>. El mismo artículo explica el significado del término “contexto” y afirma que también deben tenerse en cuenta los acuerdos posteriores respecto de la interpretación del tratado, la práctica ulteriormente seguida por las partes en la aplicación del tratado y cualquier otra regla de derecho internacional aplicable entre las partes. El artículo 32, en tanto, establece que cuando el método del artículo anterior deje el significado “ambiguo u oscuro”<sup>21</sup> o cuando este “conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”<sup>22</sup>, los intérpretes podrán referirse a “medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración”<sup>23</sup>. El propósito de la existencia de estas reglas, tal como están redactadas, parecería ser el de proveer a las y los intérpretes herramientas para lograr mayor precisión en la interpretación de los tratados.

No obstante, al elaborar estas reglas, en la década de 1960, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas aclaró que su propósito no fue establecer un método preciso, sino que “se limitó a tratar de aislar y codificar los comparativamente pocos principios generales que parecen constituir reglas generales de interpretación de los tratados”<sup>24</sup>. En un párrafo memorable, la Comisión afirmó que:

---

<sup>19</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), 1155 U.N.T.S. 1155 (1980) [de aquí en adelante, CVDT], artículos 31-32. Las reglas no son solo aplicables a las partes de la CVDT sino más generalmente, ya que son consideradas parte del derecho internacional consuetudinario: véase, por ejemplo, CIJ, *Territorial Dispute* (Libya v. Chad), 1994 I.C.J. 6 (Feb. 3), párrafo 41; CIJ, *Oil Platforms* (Iran v. USA), 1996 I.C.J. 803 (Dec. 12), párrafo 23; CIJ, *Kasikili/Sedudu Island* (Botswana v. Namibia), 1999 I.C.J. 1045 (Dec. 13), párrafo 18; CIJ, *LaGrand* (Germany v. USA), 2001 I.C.J. 501, (Jun. 27), párrafo 99; CIJ, *Legality of Use of Force* (Serbia-Montenegro v. Belgium) (Preliminary Objections) 2004 I.C.J. 318 (Dec. 15) párrafo 100.

<sup>20</sup> CVDT, artículo 31.

<sup>21</sup> CVDT, artículo 32.a.

<sup>22</sup> CVDT, artículo 32.b.

<sup>23</sup> CVDT, artículo 32.

<sup>24</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, Vol. II, p. 187-274, párrafo 5. La razón para esto era que “cualquier intento de codificar las condiciones de aplicación de estos principios de

“[Estos principios son], mayormente, principios de la lógica y el sentido común, valiosos solo como guía para asistir en la apreciación del significado que las partes parecen haberle querido asignar a las expresiones que se emplean en un documento. Su utilidad para el uso en un caso concreto depende de una variedad de consideraciones que deben ser apreciadas por el intérprete del documento; la disposición específica de las palabras y las oraciones, su relación entre sí y con otras partes del documento, la naturaleza general y el tema del documento, las circunstancias en que fue escrito, etcétera. Incluso cuando puede que parezca existir una posible ocasión para su aplicación, esta aplicación no es automática, sino que depende de la convicción del intérprete de que esta es apropiada en las circunstancias particulares del caso. En otras palabras, el recurso a muchos de estos principios es discrecional más que obligatorio, y la interpretación de documentos es de algún modo un arte, y no una ciencia exacta”<sup>25</sup>.

La propia Comisión reconoció, entonces, algo que parece evidente a la luz de la yuxtaposición de métodos interpretativos incluida en la Convención: que, si bien las reglas de los artículos 31 y 32 deben ser el punto de partida de cualquier lectura de un tratado internacional, estas son insuficientes -por sí solas- para poder determinar unívocamente el contenido de una determinada norma. En cada caso, el intérprete deberá recurrir a otra serie de consideraciones -cuyo contenido no es explicado, sino más bien mistificado por la Comisión- para decidir qué reglas aplica y qué peso le da a cada una, considerando que pueden llevar a resultados contradictorios<sup>26</sup>.

Históricamente, como es reconocido por la propia CDI<sup>27</sup>, la literatura internacionalista se ha dividido en tres grandes escuelas respecto de este fin<sup>28</sup>: primero, la escuela *textualista*; segundo, la escuela *intencionalista*; y tercero, la escuela

---

interpretación -cuya pertinencia en cualquier caso depende del contexto particular y de una apreciación subjetiva de circunstancias variables- sería claramente desaconsejable” (*id.*).

<sup>25</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, Vol. II, p. 187-274, párrafo 4.

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo, AUST, 2007, p. 185; GARDINER, 2008, pp. 165–176; HOLLIS, 2015, pp. 78, 81; LETSAS, 2007, p. 71; LINDERFALK, 2010, p. 3; VAN DAMME, 2009, p. 213.

<sup>27</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, Vol. II, p. 187-274, párrafo 2.

<sup>28</sup> La versión más clásica de esta clasificación fue sugerida por Sir Gerald Fitzmaurice, quien fue -además de un académico reconocido- relator de la CDI en materia de interpretación de tratados (véase G. FITZMAURICE, 1951, p. 42). De todos modos, la clasificación se ha vuelto tan central para la disciplina que hasta ha sido aceptada por jueces de la Corte Internacional de Justicia. Véase Corte Internacional de Justicia, *Caso concerniente al Laudo Arbitral del 31 de julio de 1989* (Guinea-Bissau c. Senegal), 1991 I.C.J. 53 (12 de noviembre), Opinión Disidente del Juez Weeramantry, pp. 140-142. Véase también BJORGE, 2014, p. 87; JACOBS, 1969, pp. 318–319; LETSAS, 2007, pp. 58–79; MORSE, 1960, p. 39; VILLIGER, 2009, pp. 421–422.

*teleológica*<sup>29</sup>. En la próxima sección (1.1) estudiaré la posición de cada una de estas clásicas escuelas -y de sus versiones más recientes<sup>30</sup>-, y sugeriré que ninguna de ellas ha sido -hasta el momento, al menos- capaz de presentar un mecanismo unívoco y coherente con las reglas de la CVDT para la interpretación de los tratados. A continuación, (1.2) argumentaré que la situación resultante es una yuxtaposición de herramientas sin un marco conceptual unificador, es decir, un punto de llegada muy similar al de partida. Quedará para el capítulo siguiente la propuesta de un método que resuelva estos inconvenientes.

## **1.1. Las escuelas clásicas de interpretación de tratados**

### **1.1.1. La escuela *textualista***

Clásicamente, la primera lectura de las reglas de interpretación de tratados establecidas en los artículos 31 y 32 de la CVDT ha sido la *textual*, es decir, aquella que considera que “el punto de partida de la interpretación es la elucidación del significado

---

<sup>29</sup> Es importante notar que, además de las tres teorías mencionadas, hay un importante sector de la literatura que defiende lo que podría ser visto como una cuarta opción, que sostiene la indeterminación radical del derecho internacional, y la naturaleza inherentemente política de toda interpretación del derecho (véase, clásica y centralmente, KOSKENNIEMI, 2005, p. 591; véase también HERNÁNDEZ, 2014a, pp. 346–348; KENNEDY, 1985, p. 251 y la descripción de D’ASPREMONT, 2011, pp. 90–95). Por lo tanto, estos autores han denunciado el carácter ideológico de las reglas de la CVDT, como elementos que pretende despolitizar algo que es inherentemente político. La discusión de estas teorías excede largamente el objeto y las posibilidades de esta tesis. No obstante, como lo ha reconocido el propio Ronald Dworkin, “tenemos mucho para aprender del ejercicio crítico que proponen estos autores”, pero deberíamos “ser precavidos respecto de aquellos en este movimiento que quieren mostrar al derecho en su peor y no en su mejor luz, para mostrar como cerradas opciones que en realidad están abiertas, yendo así en la dirección de una nueva mistificación que está al servicio de objetivos políticos no explicitados” (DWORKIN, 1986, p. 275). En particular, como sostiene Jean D’Aspremont, las ideas presentadas por estos autores respecto de la indeterminación del derecho ponen a los abogados internacionalistas frente a una opción: “Esta opción puede ser presentada del siguiente modo. Una posibilidad que tienen los abogados (internacionalistas) es elegir vivir en la indeterminación total -esa es la opción a veces llamada relativista y nihilista- y rechazar cualquier racionalidad, porque esta sería necesariamente ilusoria. Otra posibilidad es que enfrenten la indeterminación e intenten desambiguar las normas jurídicas. (...) [No obstante], optar por la desambiguación no implicará, en sí, despolitizar la posición resultante. Si los juristas internacionalistas eligen trabajar para la desambiguación del derecho, estarán frente a una nueva opción política. En efecto, cada modo de desambiguación se reducirá a una decisión política, porque hay intereses políticos asociados con cada modo de desambiguación, especialmente cuando no existe una autoridad que pueda resolver decisivamente el asunto a fines prácticos” (D’ASPREMONT, 2011, pp. 142–143). La teoría antipositivista de interpretación del derecho internacional que defiende en este trabajo no tiene problemas con esta última versión del argumento de la escuela crítica, que se puede asociar con el neoformalismo de D’Aspremont (D’ASPREMONT, 2011, pp. 145–146), pero también con la obra del propio Martti Koskenniemi (véase la “cultura del formalismo” en KOSKENNIEMI, 2002, pp. 502–509), dado que ambas admiten que la única forma de desambiguar el derecho es a través de una interpretación que incluya consideraciones morales y políticas.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, BJORGE, 2014; ÇALI, 2009; D’ASPREMONT, 2011; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, 2007; M. FITZMAURICE ET AL., 2010; HERNÁNDEZ, 2014a; KOLB, 2006a; LETSAS, 2007; LINDERFALK, 2010; MERRILLS, 1969; VAN DAMME, 2009; VENZKE, 2012; WAIBEL, 2011.



del texto, y no una investigación *ab initio* respecto de, [por ejemplo,] las intenciones de las partes”<sup>31</sup>. Los defensores de esta teoría afirman que los intérpretes deberían ceder en sus intenciones reformistas y aceptar la preeminencia del texto del tratado, aun cuando lo encuentren incompatible con las intenciones de las partes, con sus convicciones morales o con principios jurídicos más abstractos<sup>32</sup>. Estas ideas parecen estar apoyadas por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que se ha referido a definiciones de diccionarios para resolver casos<sup>33</sup>, y que ha afirmado que “la interpretación debe estar basada sobre todo en el texto del tratado”<sup>34</sup> y que el deber de la Corte es “interpretar los tratados, y no revisarlos”<sup>35</sup>. Siguiendo esta propuesta, nuestra intérprete del derecho internacional (sea Zahara o Froman) debería entender que, por ejemplo, lo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos manda es exclusivamente aquello que contiene su texto, entendido este en el sentido corriente de sus términos.

Detrás de la propuesta *textualista* parece haber dos premisas generales<sup>36</sup>. Primero, está la idea de que -más allá de algunos casos aislados<sup>37</sup>- existe en general un significado

---

<sup>31</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, Vol. II, p. 187-274, párrafo 11. Véase, en general, AUST, 2007, pp. 231-232; BROWNLIE, 2008, p. 630; DÖRR, 2012, pp. 522-523; JONAS & SAUNDERS, 2010, p. 578; O’CONNELL, 1970, p. 253; ORAKHELASHVILI, 2008, pp. 301-392; SOREL & BORÉ EVENO, 2011, p. 804.

<sup>32</sup> De acuerdo con un textualista moderno, como Alexander Orakhelashvili, “lo que es crucial, no obstante, es qué es lo que es responsable, en el análisis último, del resultado al que se llega en el caso: el sentido corriente mismo o [factores externos tales como las intenciones de las partes]. Como demostraré el análisis de la práctica, el sentido corriente es regularmente el factor crucial responsable por el resultado de la interpretación, y puede hacer a la evidencia externa irrelevante” (ORAKHELASHVILI, 2008, p. 320).

<sup>33</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataformas Petrolíferas* (Irán c. Estados Unidos de América), 1996 I.C.J. 803 (12 de diciembre), párrafo 45.

<sup>34</sup> Corte Internacional de Justicia, *Disputa Territorial* (Libia c. Chad), 1994 I.C.J. 6 (3 de febrero), párrafo 41. Véase también Corte Internacional de Justicia, *Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado a las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, 1950 I.C.J. 5 (3 de marzo), página 8; Corte Internacional de Justicia, *Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental*, Opinión Consultiva, 1960 I.C.J. 150 (8 de junio), páginas 159-160.

<sup>35</sup> Corte Internacional de Justicia, *Interpretación de Tratados de Paz*, Opinión Consultiva, 1950 I.C.J. 221 (18 de julio), página 229; Corte Internacional de Justicia, *Derechos de Nacionales de los Estados Unidos en Marruecos* (Francia c. Estados Unidos de América) 1952 I.C.J. 176 (27 de agosto), página 196. En 1960, Oliver Morse sostenía que “la escuela textual de interpretación encuentra su mayor apoyo en la Corte Internacional de Justicia” (MORSE, 1960, p. 44).

<sup>36</sup> “There are, thus, two aspects of this approach: (1) a belief in the normal clarity of language as sufficient to dispense with or minimize the interpretative act-the text speaks for itself; (2) a distrust of extra-textualism as encouraging the arbitrary introduction of unreliable and biased considerations in the guise of interpretation” (FALK, 1968, p. 333).

<sup>37</sup> Orakhelashvili sostiene que los casos en los cuales el sentido corriente es insuficiente para interpretar una cierta cláusula son excepcionales: “Hay algunas sugerencias doctrinarias adicionales de que las palabras no son absolutas, sino que deben ser evaluadas en el contexto del cual derivan su significado. El

unívoco que se puede asociar al texto de un tratado. Alexander Orakhelashvili, por ejemplo, sostiene que la CVDT y la práctica judicial han reconocido que “las palabras tienen un significado establecido, y que los intérpretes son capaces de encontrarlo regularmente”<sup>38</sup>. Así, la escuela textualista se apoya en lo que Emmer de Vattel llamó “la primera máxima general de la interpretación”: “que no está permitido interpretar aquello que no requiere interpretación”<sup>39</sup>. Segundo, el *textualismo* presupone que el texto mismo puede ser aislado de su contexto, de las intenciones de quienes lo redactaron, y del sistema jurídico en que está inserto. Por lo tanto, las y los intérpretes deberían prestar atención al “verdadero significado del tratado más que, [por ejemplo,] a la intención de las partes, que es distinta de este”<sup>40</sup>.

---

sentido literal de las palabras no es considerado, entonces, como un factor decisivo. Este argumento puede ser cierto en algunos casos individuales, pero hay poco mérito en argumentar en un plano general que las palabras no pueden tener un significado definido propio” (ORAKHELASHVILI, 2008, p. 320).

<sup>38</sup> ORAKHELASHVILI, 2008, p. 318. J.G. Merrills afirma que “debemos reconocer que las palabras y las frases tienen, en efecto, usos corrientes o convencionales. Por lo tanto, no hay sustancia en la objeción de que la referencia a un ‘sentido corriente’ en la Convención involucra un mito primitivo o una mirada completamente errónea de cómo funcionan las palabras. Como ha observado atinadamente Jacobs, negar que las palabras tienen un sentido corriente es negar la posibilidad de la comunicación verbal, ‘una base bastante insatisfactoria para cualquier teoría de la interpretación’” (MERRILLS, 1969, p. 58, citando a JACOBS, 1969, p. 340).

De acuerdo con McDougal, Lasswell y Miller, la posición adoptada por la CDI “se acerca peligrosamente a la presunción de Vattel de que existen significados llanos y naturales que no admiten interpretación” (MCDUGAL, LASSWELL, & MILLER, 1967, p. 90). Andrea Bianchi menciona que “la idea de que las palabras tienen un ‘significado llano’ es compartida ampliamente por los abogados internacionalistas” (BIANCHI, 2010, p. 36). Gleider Hernández afirma que la posición textualista “está apuntalada por una fe en la determinación del lenguaje jurídico” (HERNÁNDEZ, 2014a, p. 331).

<sup>39</sup> Citado en JACOBS, 1969, p. 322. Como explica Richard Falk, “la necesidad de interpretación es atribuida a una redacción defectuosa, estableciendo como ideal de redacción de un tratado el empleo de un lenguaje tan claro y preciso que no pueda surgir ningún desacuerdo razonable en relación al alcance o significado de los derechos y deberes de las partes. Tal ideal es rara vez conseguido, por supuesto, y cuando surgen disputas, la referencia a cánones supone que es posible una resolución del problema interpretativo con una mínima intervención humana entre el texto y su contenido operacional. Se pretende, también, que estos cánones o máximas en los que se apoyan para vindicar el acto interpretativo le otorguen a la decisión una apariencia de definitiva, para nulificar la inferencia de que el intérprete está construyendo U.N. Documento de acuerdo con su voluntad arbitraria. Esta aproximación mecánica presupone la autonomía del lenguaje y enfatiza el grado en el cual la tarea del intérprete es construir lo que ha sido escrito y autorizado por las partes en el acuerdo (FALK, 1968, p. 332). En palabras de McDougal y Gardner, “el supuesto canon de que ‘no se puede interpretar lo que no requiere interpretación’ o, como se lo ha presentado también, de que ‘uno no puede perturbar un sentido corriente’ es poco más que un lugar común miope que sirve para mantener una fe primitiva e irracional en la omnipotencia de las palabras” (MCDUGAL & GARDNER, 1951, p. 264).

<sup>40</sup> GARDINER, 2008, p. 6. Véanse también BROWNLIE, 2008, p. 630; DÖRR, 2012, pp. 522–523; SOREL & BORÉ EVENO, 2011, p. 804. Sir Gerald Fitzmaurice explica que “de acuerdo con esta postura, la pregunta principal no es: ‘¿qué quisieron las partes con esta cláusula?’, sino ‘¿qué quiere decir esta cláusula en sí misma?’” (G. FITZMAURICE, 1951, p. 4).

La idea de que la interpretación tiene que ser compatible con el texto es incontestable<sup>41</sup>: interpretar un texto sin comenzar por las propias palabras no sería interpretarlo, sino crear uno nuevo. Ahora bien, más allá de ese punto, cuya lógica puede asociarse al sentido común, las dos premisas de los *textualistas* no se sostienen y, por lo tanto, la propuesta de que mirar el sentido corriente puede ser suficiente para interpretar el derecho internacional no se sostiene tampoco.

Esto se debe, principalmente, a que las dos premisas de los *textualistas* no pueden superar lo que Ronald Dworkin llamó, famosamente, el “aguijón semántico”<sup>42</sup>. Si la primera premisa textualista fuera cierta y hubiera un único significado corriente de las palabras de un texto jurídico, entonces o bien (i) todos los abogados estarían de acuerdo en la interpretación de esas palabras -lo que evidentemente no ocurre-, o bien (ii) todos los desacuerdos estarían basados en “la idiotez de que la gente piense que está en desacuerdo porque le asigna diferentes significados al mismo sonido”<sup>43</sup>. Ningún desacuerdo jurídico sería entonces genuino: las diferencias entre quienes afirman que la secesión está permitida bajo la Carta de las Naciones Unidas<sup>44</sup> y quienes creen que no lo está<sup>45</sup>, por ejemplo, estarían basadas meramente en que unos y otros le asignan significados diferentes al término “libre determinación”<sup>46</sup>. Si se pusieran de acuerdo en

---

<sup>41</sup> Como sostiene Ronald Dworkin, “el texto debe tener un rol muy importante: debemos apuntar a un grupo de principios constitucionales que podamos defender como consistentes con la interpretación más plausible de lo que el texto mismo dice, y ser muy reacios a aceptar cualquier otra cosa” (DWORKIN, 2006, p. 129). Esta es la famosa “dimensión de ajuste” de Dworkin (véase DWORKIN, 1986, p. 230). No obstante, véase la posición contraria de la escuela de New Haven en MCDUGAL ET AL., 1967, p. xix y la respuesta de Gleider Hernández en HERNÁNDEZ, 2014a, pp. 340–344.

<sup>42</sup> DWORKIN, 1986, p. 45.

<sup>43</sup> DWORKIN, 1986, p. 45. Richard Falk presenta un argumento muy similar, aunque un poco menos desarrollado, contra el textualismo. Sostiene Falk: “La propia existencia de una disputa presupone interpretaciones rivales de un texto, y a menos que uno asuma mala fe o estupidez de un lado, hay dudas genuinas acerca del significado del texto. Es engañoso suponer que quien tiene que tomar decisiones puede interpretar claramente un acuerdo internacional poniendo el énfasis primario en el lenguaje textual, dada la controversia entre las partes. Esa suposición exagera o bien la autonomía del lenguaje o la autoridad de los intérpretes, o ambas” (FALK, 1968, p. 346).

<sup>44</sup> Véase, por ejemplo, Corte Internacional de Justicia, *Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia en relación a Kosovo*, Opinión Consultiva, 2010 I.C.J. 403 (22 de julio), Opinión Separada del Juez Yusuf, párrafo 12; A. CASSESE, 1995, p. 144; HANNUM, 1998; RAIČ, 2002, p. 451.

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo, CRAWFORD, 2007, p. 24; MALANCZUK, 1997, p. 336; SHAW, 2003, p. 483.

<sup>46</sup> Carta de las Naciones Unidas, artículos 1(2) y 55; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1.1. La discusión usualmente gira en torno a la Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que interpreta el texto de la Carta. Respecto de la libre determinación, reafirma y explica el principio, y luego dice lo siguiente: “Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o

una definición del término, aunque sea de forma arbitraria, resolviéndolo del modo que fuera, todos sus problemas desaparecerían. No obstante, como explica Dworkin, no podemos entender que la comunidad internacional esté efectivamente discutiendo qué definición de diccionario usar para determinar el contenido del principio de libre determinación: “la gente sensata no discute realmente sobre si el Palacio de Buckingham es realmente una ‘casa’; entienden de inmediato que este no es un conflicto genuino, sino solo una cuestión de cómo uno decide usar una palabra cuyo significado no está determinado en sus fronteras”<sup>47</sup>. Detrás de la discusión acerca del significado jurídico del término “libre determinación” hay en realidad una discusión más profunda acerca de cómo entender el derecho internacional, y acerca del valor que puede ser asignado a los derechos de los pueblos, los individuos y los Estados en este orden jurídico. Y esa discusión, por supuesto, está más allá de cualquier disputa terminológica.

Ahora bien, dado que la primera premisa del *textualismo* no se sostiene, tampoco puede sostenerse la segunda. Si no se puede derivar un único significado corriente de las palabras en cuestión, entonces “no podemos darle ‘primacía’ a un texto -o, en efecto, no podemos darle ningún rol en absoluto a un texto- sin *semántica*, es decir, una interpretación que especifique qué significan (si es que significan algo) esas palabras y espacios”<sup>48</sup>. Como sostiene Oliver Dörr, el argumento vatteliano de que ciertos textos no requieren interpretación es en realidad circular, “porque la determinación de que una cierta cláusula es clara o ‘tiene sentido’ presupone en sí misma un proceso de interpretación y no puede, por lo tanto, excluir esa operación”<sup>49</sup>. En suma, las palabras de un texto jurídico no pueden ser aisladas ni de la práctica interpretativa y el contexto jurídico que las rodea, ni de las intenciones más amplias de las partes que lo

---

fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes *que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color*” (Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. G.A. 2625 (XXV) (24 de octubre de 1970), U.N. Doc. A/RES/2625 XXV). Según algunos, si el Estado no se conduce de conformidad con esos principios, el pueblo tiene derecho a la libre determinación. En los casos de Eritrea y Sudán del Sur, por ejemplo, la comunidad internacional reconoció la secesión de Etiopía y Sudán, respectivamente, luego de que -en ambos casos- los pueblos fueran sometidos a graves violaciones a los derechos humanos.

<sup>47</sup> DWORKIN, 1986, pp. 40–41.

<sup>48</sup> DWORKIN, 2006, p. 129.

<sup>49</sup> DÖRR, 2012, p. 529.

suscribieron<sup>50</sup>. Nuestra intérprete no puede comprender el PIDCyP sin ir más allá de las palabras incluidas en sus cláusulas.

Finalmente, hay una razón bastante paradójica para rechazar el *textualismo* como método interpretativo, y es que el propio texto de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados parece ser abiertamente incompatible con la idea de que el texto es suficiente para la interpretación de los tratados<sup>51</sup>. El artículo 31 solo establece que los tratados deben ser interpretados “de acuerdo con” el texto del tratado, pero también considerando otros elementos, como la buena fe, otras reglas de derecho internacional, el contexto, y el objeto y fin del tratado. Como explicó la Corte Internacional de Justicia en 1962, entonces, este método de interpretación tiene su límite cuando se llega a un significado “que es incompatible con el espíritu, el propósito, y el contexto de la cláusula o el instrumento que contiene las palabras”<sup>52</sup>. Las palabras del tratado son, entonces, el comienzo, y no el fin, del proceso interpretativo<sup>53</sup>.

#### 1.1.2. La escuela *intencionalista*

La segunda escuela clásica de interpretación del derecho internacional es la *intencionalista* (o “subjetiva”<sup>54</sup>), que sostiene que interpretar consiste en descifrar las intenciones originales de aquellos que redactaron las cláusulas en cuestión<sup>55</sup>. Esta posición es frecuentemente atribuida a dos de los académicos internacionalistas más

---

<sup>50</sup> En un texto reciente, Roberto Saba afirma que “Hace ya algunas décadas que una parte de la academia jurídica asumió como un hecho duro que la Constitución no es un texto, sino una práctica. El texto de la Constitución no es la Constitución. La Constitución es la interpretación que hacemos de ese texto de acuerdo con ciertas reglas y gramática interpretativa. Lo mismo sucede con la Convención Americana o con cualquier otro texto normativo, pero especialmente con aquellos que se refieren a la protección de derechos humanos” (SABA, 2017, p. 157).

<sup>51</sup> Algo paradójicamente, Myres S. McDougal -uno de los principales críticos del textualismo, y defensor de una mirada teleológica respecto de la interpretación de tratados- opina exactamente lo contrario, y critica a la CVDT por ser demasiado textualista: “El gran defecto, y la gran tragedia, en las recomendaciones finales de la Comisión de Derecho Internacional sobre la interpretación de tratados es su énfasis insistente sobre una textualidad imposible, que intenta imponer conformidad” (MCDUGAL, 1967, p. 992). Richard Falk, en tanto, llama a la aproximación adoptada por la CDI en la CVDT “cuasi-textual”, y luego afirma que “el claro énfasis en el Comentario es reforzar la orientación textualista de las cláusulas, así como urgir que el recurso a la evidencia externa sea usado primordialmente para clarificar un texto ambiguo, no para obtener un entendimiento más claro de las intenciones o expectativas de las partes” (FALK, 1968, pp. 343–344).

<sup>52</sup> Corte Internacional de Justicia, *África del Sudoeste* (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica), 1962 I.C.J. 335 (21 de diciembre).

<sup>53</sup> Véase JACOBS, 1969, p. 341.

<sup>54</sup> JACOBS, 1969, pp. 318–319.

<sup>55</sup> Véanse, por ejemplo, las descripciones en HERNÁNDEZ, 2014a, pp. 332–333; LETSAS, 2007, p. 60.

importantes del siglo veinte<sup>56</sup> (Hersch Lauterpacht<sup>57</sup> y Gerald Fitzmaurice<sup>58</sup>) y es hoy en día muy popular tanto entre juristas internacionales<sup>59</sup> como entre jueces de tribunales internacionales<sup>60</sup>. Como resultado de su búsqueda de las intenciones originales de las partes, la mayoría de quienes aplican este método “ponen más énfasis en la historia de la redacción y en los trabajos preparatorios” que otras escuelas de interpretación<sup>61</sup>. Si nuestra intérprete les hiciera caso a estos autores, entonces debería determinar qué es lo

---

<sup>56</sup> Sobre la importancia de la obra de Lauterpacht para el desarrollo del derecho internacional, véase, por ejemplo, KOSKENNIEMI, 1997, 2002, pp. 353–412; SANDS, 2010, 2016, pp. 63–118. Sobre la importancia de la obra de Fitzmaurice, véase LACHS, 1983. Sobre la importancia de ambos para esta escuela interpretativa, véase Corte Internacional de Justicia, *Caso concerniente al Laudo Arbitral del 31 de julio de 1989* (Guinea-Bissau c. Senegal), 1991 I.C.J. 53 (12 de noviembre), Opinión Disidente del Juez Weeramantry, pp. 140-142. Véase también BJORGE, 2014, pp. 87–88.

<sup>57</sup> En 1949, Lauterpacht afirmó que el descubrimiento de la intención de las partes es “el objetivo principal de la interpretación” (LAUTERPACHT, 1949, p. 52) y que “la intención de los autores de la regla jurídica en cuestión, sea un tratado o una ley (...) es el punto de partida y el fin de toda interpretación. Es el deber del juez recurrir a todos los medios disponibles -incluidas reglas de construcción- para descubrir la intención de las partes” (LAUTERPACHT, 1949, p. 83). Véase también JACOBS, 1969, pp. 320–321; VILLIGER, 2009, p. 421. No obstante, véase mi argumento en la nota 78 de que la teoría de Lauterpacht no es verdaderamente intencionalista, sino que simplemente incorpora las intenciones como un elemento importante a ser considerado en el proceso interpretativo.

<sup>58</sup> Fitzmaurice sostuvo en 1951 que “esta es no solo la forma tradicional de verlo, sino también la forma jurídica natural de verlo” (G. FITZMAURICE, 1951, p. 3).

<sup>59</sup> Véase, por ejemplo, entre autores contemporáneos, BJORGE, 2014, 2015; BOS, 1980, pp. 145–152; M. FITZMAURICE ET AL., 2010, p. 745; LOWE, 2007, p. 117. Para una lista de autores clásicos defendiendo esta posición, véase JACOBS, 1969, n. 4

<sup>60</sup> Véase, por ejemplo, Corte Internacional de Justicia, *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría c. Eslovaquia), 1997 I.C.J. 7 (25 de septiembre), párrafo 140 (“es el propósito del tratado, y las intenciones de las partes en concluirlo, lo que debería prevalecer sobre su aplicación literal”); Corte Internacional de Justicia, *Consecuencias Jurídicas que tiene para los Estados la Continuación de la Presencia de Sudáfrica en Namibia* (África del Sudoeste), no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, Opinión Consultiva, 1971 I.C.J. 16 (21 de junio), párrafo 53 (“Consciente como es de la necesidad primordial de interpretar un instrumento de acuerdo con las intenciones de las partes al momento de su conclusión...”); Corte Internacional de Justicia, *Disputa Fronteriza Territorial y Marítima* (Camerún c. Nigeria, Guinea Ecuatorial interviniendo), 2002 I.C.J. 303 (10 de octubre), párrafo 59 (“para interpretar esta expresión, la Corte debe identificar la intención de las partes en ese momento”); Corte Internacional de Justicia, *Isla de Kasikili/Sedudu* (Botsuana c. Namibia), 1999 I.C.J. 1045 (13 de diciembre), párrafo 87; Corte Internacional de Justicia, *Cuestiones Relativas a la Delimitación Marítima y Territorial* (Catar c. Baréin), 1995 I.C.J. 6 (15 de febrero), Opinión Disidente del Vicepresidente Schwebel, pp. 27-30; Corte Internacional de Justicia, *Caso concerniente al Laudo Arbitral del 31 de julio de 1989* (Guinea-Bissau c. Senegal), 1991 I.C.J. 53 (12 de noviembre), Opinión Disidente del Juez Weeramantry, pp. 140-145; GUILLAUME, 2006, pp. 472–473.

<sup>61</sup> LETSAS, 2007, p. 60. “Una de las principales características de esta escuela es la credibilidad que le asigna a los trabajos preparatorios. Se cree que se puede divisar una ‘fórmula’ a partir de estas manifestaciones de intenciones unilaterales” (MORSE, 1960, p. 40). “Pese a que las reglas de Viena no convierten la búsqueda de la intención de las partes en un objetivo específico de la interpretación de tratados, la referencia a los trabajos preparatorios inevitablemente apunta al intérprete en dirección de buscar la intención de las partes tanto como al significado de un término en el texto” (GARDINER, 2008, p. 324). Hay que notar, no obstante, que ciertos intencionalistas modernos, como Erik Bjorge, reducen la importancia de estos documentos, defendiendo una interpretación evolutiva de las intenciones (BJORGE, 2014, pp. 2–3).

que establece un tratado indagando en cuáles fueron las intenciones de quienes lo negociaron, adoptaron, firmaron y ratificaron.

Una vez más, como en el caso de los *textualistas*, los *intencionalistas* tienen razón en señalar que la interpretación debe considerar seriamente las intenciones de las partes<sup>62</sup>. No obstante, una vez más también, las intenciones parecen ser insuficientes en sí mismas para proveer una respuesta apropiada a problemas interpretativos. Carlos Nino ha señalado al menos tres problemas de intentar determinar el contenido de una norma a partir del escrutinio de las intenciones del emisor del texto jurídico, que son aplicables a los argumentos de la escuela *intencionalista* respecto de la interpretación de los tratados.

El primero de estos problemas consiste en la selección de “los hechos que constituyen manifestaciones de la intención”<sup>63</sup>, como serían, *prima facie*, en el caso de un tratado, las diferentes posiciones contenidas en los trabajos preparatorios, las conversaciones ocurridas en los pasillos de una conferencia multilateral, las declaraciones públicas de los representantes de los Estados, etcétera<sup>64</sup>. Identificar cuáles de todos estos hechos son relevantes para la interpretación del tratado presenta un primer desafío<sup>65</sup>. El problema

---

<sup>62</sup> DWORKIN, 2006, p. 120; NINO, 2014, p. 91.

<sup>63</sup> NINO, 2014, p. 93.

<sup>64</sup> McDougal y Gardner enfatizan este problema, que resuelven prestando atención a las intenciones actuales (y no solo de aquel momento) de las distintas partes del proceso comunicativo: “Cuando un acuerdo de cualquier importancia es alcanzado por dos o más Estados-nación, los elementos relevantes incluyen, como mínimo: una gran variedad de actores (negociadores, redactores, quienes aprueban, quienes ratifican), expresando acuerdos a través de formas verbales de todos los grados de generalidad o precisión, a través de todos los métodos conocidos por el derecho internacional, para la implementación de una gran variedad de objetivos de corto y largo plazo, bajo las condiciones y perspectivas peculiares de su tiempo, y con ciertos efectos diseñados y no diseñados sobre las expectativas de todas las partes y la distribución de valores entre ellas. (...) Desde esta perspectiva comprehensiva de los eventos relevantes, es casi fantástico asumir, o bien, primero, que los redactores del acuerdo original pueden proyectar su visión y anticipar los detalles específicos del futuro o acordar acerca de un propósito común respecto de todos estos detalles o redactar tan precisamente que se remueva toda ambigüedad con respecto a ese propósito común, o bien, segundo, que los intérpretes posteriores del acuerdo, trabajando en un contexto totalmente distinto, con sus propios objetivos contemporáneos y conscientes de los muchos cambios operados en las condiciones desde que se llegó al acuerdo, puedan resurgir en detalle las subjetividades de los redactores originales del acuerdo e identificar cuál fue su clara intención respecto de los nuevos eventos confrontados por el intérprete” (MCDUGAL & GARDNER, 1951, pp. 264–265). Para una discusión de la propuesta de la Escuela de New Haven, véase la sección I.1.1.3.

<sup>65</sup> En 1934, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo, por ejemplo, que no correspondía considerar como trabajo preparatorio de un tratado aquellas “declaraciones orales realizadas por aquellos involucrados en la negociación que no estuvieran plasmadas en algún escrito, y que no fueran comunicadas al gobierno del negociador o su cuerpo ratificador” (SCOTUS, *State of Arizona v State of California* 292 US 341, pp. 359–60 (1934).). En el arbitraje *Iron Rhine*, de 2005, el tribunal entendió que los extractos de las negociaciones presentados por las partes no podían ser considerados bajo el artículo 32 de la CVDT porque no servían “el propósito de iluminar cuál era el entendimiento común respecto del significado” de las cláusulas en juego (*Arbitration regarding the Iron Rhine (“IJzeren Rijn”) Railway* (Belgium/Netherlands),

radica en qué hacer cuando -como es probable que ocurra si el texto finalmente acordado es ambiguo o vago- no todos estos hechos sugieran la existencia de una misma intención de los redactores<sup>66</sup>. ¿A cuál debería dársele mayor importancia? “La opción de dar preferencia a unas sobre otras”, dice Nino, “no puede estar sino fundada en concepciones valorativas, ya que es obvio que no pueden basarse en la intención misma del legislador o en textos que luego requieran recurrir a la intención para su interpretación”<sup>67</sup>.

El segundo problema es el de “describir una intención a partir de la intervención de una pluralidad de órganos, o de órganos colectivos”<sup>68</sup>. En el caso de un tratado internacional redactado por la secretaría de una organización internacional, que luego incorporó los comentarios de organizaciones no gubernamentales, y a continuación fue objeto de acuerdos en los que Estados con posiciones diversas hicieron concesiones mutuas para llegar a una determinada formulación del texto, ¿las intenciones de quién(es) de todos ellos deberían de tenerse en cuenta? “Reconstruir la intención de un cuerpo colegiado es especialmente difícil”, dice Nino: “los que votaron por la iniciativa pueden albergar intenciones muy diferentes, algunas no expresadas; más aún, entre las intenciones expresadas a favor de la misma norma pueden darse contenidos contradictorios”<sup>69</sup>.

---

Award of 24 May 2005, p. 25, párr. 48; citado en GARDINER, 2008, p. 100). Ambas aproximaciones parecen sugerir que solamente son válidas aquellas expresiones que han sido refrendadas de algún modo por todas las partes en juego, limitando significativamente el alcance de este recurso.

<sup>66</sup> “La objeción más inmediata al criterio de las intenciones verdaderas de las partes”, explica Francis Jacobs, “es que en muchos casos no habrá una intención común. Primero, está el caso no poco frecuente en el cual no hay acuerdo entre las partes en absoluto, excepto en una formulación de palabras elegida para ocultar sus diferencias. Segundo, aun cuando haya un verdadero acuerdo, en muchos sino en todos los casos la pregunta en cuestión simplemente no habrá sido prevista por las partes, y será necesario extrapolarla del área de acuerdo al caso imprevisto. (...) Tercero, aun suponiendo un acuerdo genuino entre las partes no reflejado en el texto, el propio concepto de las intenciones de las partes, salvo que esté expresado en un acuerdo formal o en la práctica de los Estados, presenta varios problemas. La aproximación subjetiva parece más apropiada para U.N. Documento informal unilateral como un testamento redactado por un individuo privado, donde hay una verdadera intención, donde nadie ha confiado en la forma de las palabras utilizadas, donde no ha habido conducta ulterior basada en el documento; aquí es al menos posible decir que la intención claramente establecida de, por ejemplo, el tEstador, debería prevalecer por sobre una interpretación literal de las palabras. Esta analogía del derecho privado es iluminadora porque no hay casi nada en común entre este documento y un tratado concluido por Estados” (JACOBS, 1969, p. 339).

<sup>67</sup> NINO, 2014, p. 93.

<sup>68</sup> NINO, 2014, p. 93.

<sup>69</sup> NINO, 2014, p. 93. Un ejemplo de ello es la interpretación radicalmente distinta que tenían los redactores del artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (que hoy es el de la CIJ) respecto de qué constituye un “principio general del derecho”. Como se verá más adelante, en el Comité de Juristas que redactó este tratado, un grupo, liderado por Édouard Descamps sostenía que estos principios debían ser entendidos como aquellos que se derivan “de la norma fundamental de la justiciar e injusticia”



Por último, y más crucialmente, está el problema del “nivel de abstracción con que debe describirse la intención del legislador”<sup>70</sup>. Como explicó famosamente Ronald Dworkin, en una línea de argumentación que George Letsas aplicó específicamente al derecho internacional<sup>71</sup>, existen varios niveles simultáneos de intención en el proceso de creación de una norma jurídica. Dworkin pone el ejemplo de un director de teatro que quiere producir *El Mercader de Venecia*, en nuestros días, pero siendo respetuoso de las intenciones originales de Shakespeare respecto del mensaje a ser enviado por la obra. ¿Debería entonces respetar los detalles de los personajes como fueron pensados cuatrocientos años atrás? ¿O debería actualizar sus características para que el mensaje más profundo de la obra sea transmitido? ¿Cuáles eran las verdaderas intenciones de Shakespeare?<sup>72</sup>. El mismo problema ocurre con el derecho, y con el derecho internacional en particular. George Letsas estudia el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos. “Los redactores en 1950 tenían una intención *abstracta* de proteger y salvaguardar los derechos humanos en Europa, pero también tenían una intención más *concreta* respecto de qué situaciones, en su opinión, debían estar cubiertas por estos derechos humanos”<sup>73</sup>. Ahora bien, a la hora de interpretar la Convención hoy, ¿debería darse más importancia “a su intención de proteger una lista de libertades fundamentales para la ciudadanía, cualquiera que estas fueran (intención de principio), o a su intención de proteger específicamente lo que ellos, cincuenta años atrás, entendían que eran estas libertades (intención de detalle)?”<sup>74</sup>.

---

(PELLET, 2012, p. 833), es decir, directamente de preceptos morales, mientras que otro grupo, liderado por Elihu Root y Walter Phillimore, entendía que estos principios no derivaban del derecho natural, sino que eran aquellos que “eran aceptados por todas las naciones *in foro domestico*” (PELLET, 2012, p. 741). Si uno tuviera hoy que interpretar este artículo a la luz de las intenciones de las partes, ¿debería prestarse atención a las de Descamps o a las de Root y Phillimore? ¿O debería buscarse una interpretación intermedia, que responda al acuerdo que finalmente sellaron; pero que a la vez no responda a las intenciones de ninguno de ellos? En suma, como dice Nino, parecería que “la reconstrucción de la intención subyacente a textos sancionados por órganos colegiados y plurales” no se apoya puramente en las intenciones, sino que en realidad “implica una completa idealización, resultado también de una serie de valoraciones” (NINO, 2014, p. 93).

<sup>70</sup> NINO, 2014, p. 94.

<sup>71</sup> LETSAS, 2007, pp. 69–72.

<sup>72</sup> DWORKIN, 1986, pp. 55–57.

<sup>73</sup> LETSAS, 2007, p. 70.

<sup>74</sup> LETSAS, 2007, p. 70.

El problema viene, por supuesto, cuando estos diferentes niveles son contradictorios entre sí; por ejemplo, cuando una intención de principio es al menos *prima facie* incompatible con la solución prevista para un caso por la intención de detalle. En ese caso, el método *intencionalista* no tiene forma de resolver la interpretación sin recurrir a otros elementos, como consideraciones valorativas<sup>75</sup>. En efecto, quienes son considerados los padres fundadores de esta escuela en derecho internacional proveen respuestas radicalmente opuestas a esta cuestión: mientras que Gerald Fitzmaurice aboga por una “interpretación restrictiva”<sup>76</sup>, basada en la idea ancestral de que, en derecho internacional, “no se pueden presumir restricciones a la independencia de los Estados”<sup>77</sup>, Hersch Lauterpacht defiende una “interpretación efectiva”, basada en el principio de *pacta sunt servanda*<sup>78</sup>. Mientras que una conduce a aferrarse a la intención de detalle, y al texto más preciso de cada cláusula, la otra sugiere que debe priorizarse la intención de principio, de modo que el tratado cumpla con la función social prevista por quienes lo redactaron. El

---

<sup>75</sup> Esta diferencia en los niveles de abstracción es independiente del hecho de que las intenciones que deben ser identificadas sean las intenciones “comunes” de las partes (cf. BJORGE, 2014, p. 60). Por supuesto, como sugería Nino, cada parte tendrá diferentes razones para firmar el tratado, pero incluso las razones que sean compartidas por todas las partes podrán estar basadas en distintos niveles de abstracción.

<sup>76</sup> Véase, generalmente, G. FITZMAURICE, 1951

<sup>77</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso del S.S. Lotus*, P.C.I.J. Ser. A, No. 10 (1927) p. 18.

<sup>78</sup> La posición de Lauterpacht se aleja, así, de un verdadero *intencionalismo*, y se acerca mucho más a una mirada antipositivista del derecho internacional como integridad. En un pasaje de su artículo sobre interpretación, Lauterpacht afirma lo siguiente: “En todos estos, y en casos similares, pese a que la intención común de las partes puede haber sido la de evitar darle un significado definitivo a las cláusulas en cuestión -es decir, pese a que no hubiera habido intención común de las partes de adoptar una solución positiva y clara sobre el punto en cuestión-, es el derecho y el deber de las agencias judiciales y arbitrales internacionales impartir un efecto a esas cláusulas por referencia al propósito del tratado como un todo, y a otras consideraciones relevantes, incluida la finalidad de la adjudicación. *Interest rei publicae ut sit finis litium*. Indudablemente el tratado es el derecho de las agencias adjudicativas. Pero, al mismo tiempo, el tratado es derecho, es parte del derecho internacional. Y como tal, no puede tener lagunas. La completitud del derecho cuando es administrado por tribunales jurídicos es fundamental – la regla más fundamental no solo de costumbre, sino también de derecho internacional convencional” (LAUTERPACHT, 1949, p. 78). Como puede verse, entonces, para Lauterpacht, la consideración última para la interpretación del derecho internacional no tiene que ver con la intención original de las partes sino con “el propósito del tratado” y la “finalidad de la adjudicación”, considerando la completitud del sistema como un todo. Las intenciones originales solo son útiles en la medida en que estén de acuerdo con estas consideraciones generales. En esta línea, Francis Jacobs afirma, sobre la propuesta de resolución realizada por Lauterpacht al Instituto de Derecho Internacional en 1950: “De acuerdo con el párrafo 5 de la propuesta de resolución, en ausencia de cualquier indicación de las verdaderas intenciones de las partes, el tribunal tiene la tarea de llenar la laguna de conformidad con los requerimientos fundamentales del derecho y la justicia internacional. Si esta cláusula es tomada en conjunto con el amplio margen dado por el párrafo 4 al principio de interpretación efectiva, las propuestas pueden ser vistas como conteniendo un importante elemento teleológico. Aunque el énfasis central está en las intenciones verdaderas de las partes, Lauterpacht mismo reconocía que, sin importar cuán consciente y cuán amplia sea la búsqueda de una intención común, habría muchas y muy variadas situaciones en las cuales esta no podría ser encontrada. En esas circunstancias, se debía dar efecto completo, dentro de los términos del acuerdo, al objeto por el cual fue realizado” (JACOBS, 1969, p. 321).

debate acerca de si una u otra es más apropiada obviamente no depende de las intenciones mismas de las partes en cada caso (que pueden leerse en ambos niveles), sino de la lectura que cada autor haga de los propósitos y principios del sistema jurídico internacional (preservar la soberanía versus lograr bienes sociales comunes<sup>79</sup>)<sup>80</sup>.

En suma, como concluye Carlos Nino, “estas consideraciones muestran que la intención del legislador es construida a partir de un cúmulo de valoraciones. Frente a esto, se puede sostener que es más honesto aplicar directamente esas valoraciones para seleccionar el significado del texto que interpretar sin la intermediación de esa intención”<sup>81</sup>.

### 1.1.3. La escuela *teleológica*

La tercera escuela clásica de interpretación de tratados internacionales es la *teleológica*<sup>82</sup>, es decir, aquella que para intentar determinar el contenido de una cláusula específica pone el énfasis no en el texto, ni en las intenciones, sino en el objeto y fin del tratado<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Sobre estos dos fines contradictorios del sistema jurídico internacional, véase, en general, KENNEDY, 1987; KOSKENNIEMI, 2005.

<sup>80</sup> Algunos *intencionalistas* han abordado recientemente este problema, pero sus argumentos no parecen suficientes para superarlo. En respuesta al punto de Letsas (y de Dworkin) respecto de los diferentes niveles de intención, Eirik Bjorge ha defendido la idea de que los intérpretes deberían referirse siempre a las más abstractas intenciones de principios -como Dworkin y Letsas suelen hacer-, y no a las intenciones más concretas, de detalle (BJORGE, 2014, pp. 62–63). No obstante, Bjorge no ha provisto ninguna justificación *intencionalista* para esta proposición general, probablemente porque, en efecto, el *intencionalismo* no provee las herramientas apropiadas para elegir entre estos niveles. Como sostiene Dworkin, “la elección entre dos descripciones no puede ser realizada por ninguna reflexión adicional respecto de cuál es la verdadera intención. Debe ser hecha decidiendo que una descripción es más apropiada que la otra en virtud de (...) un fundamento abiertamente político” (DWORKIN, 1985, pp. 164–165). Bjorge podría referirse a los argumentos de Dworkin y Letsas acerca de por qué priorizar intenciones de principio y no de detalle (la idea de “integridad”, algo completamente externo a las intenciones de los redactores de ciertas normas específicas: DWORKIN, 1986, pp. 225–275), pero, si lo hiciera, no podría ser considerado un *intencionalista*, dado que la verdadera justificación de su opción de interpretaciones no estaría basada meramente en las intenciones de las partes sino en una cierta lectura moral del derecho. Como afirma Dworkin, “la pregunta pertinente no es entonces si podemos ‘demostrar’ o establecer ‘certezas’ o proposiciones ‘autoevidentes’ respecto de lo que los redactores quisieron decir, o si podemos pescar los estados mentales de la historia y sujetarlos a una examinación meramente ‘empírica’. Es si, pese al hecho de que no podemos hacer nada de eso, debemos de todos modos decidir cuál de las posiciones de los redactores es, en conjunto, la mejor posición, aunque sea controvertida” (DWORKIN, 2006, p. 128).

<sup>81</sup> NINO, 2014, p. 94.

<sup>82</sup> Véase, por ejemplo, GOTTLIEB, 1969; MCDUGAL, 1967; MCDUGAL ET AL., 1967.

<sup>83</sup> Más precisamente, lo que diferencia a quienes suscriben a esta escuela de las dos anteriores es, por un lado, la preminencia que le dan al objeto y fin del tratado, y por otro, la forma en que determinan cuál es este objeto y fin. Como sugiere Francis Jacobs, “[t]odos los métodos de interpretación parecen aceptar algún recurso a los objetos y propósitos del tratado, pero difieren en la pregunta de cómo determinarlos” (JACOBS, 1969, p. 336). Mientras que los intencionalistas buscan este propósito entre las intenciones de las

La formulación más clásica de esta idea es la contenida en el *Harvard Draft Convention on the Law of Treaties*<sup>84</sup>, redactado por un grupo de investigadores de esa universidad en 1935, como propuesta a la comunidad internacional en la era previa a la CVDT. El artículo 19(a) de ese borrador establecía lo siguiente:

“Un tratado debe ser interpretado a la luz del propósito general que se pretende que sirva. El contexto histórico del tratado, los trabajos preparatorios, las circunstancias de las partes al momento en que el tratado fue adoptado, el cambio buscado en estas circunstancias, la conducta ulterior de las partes en la aplicación de las cláusulas del tratado, y las condiciones prevalentes al momento de la interpretación, deben ser consideradas en relación al propósito general que se pretende que el tratado sirva”<sup>85</sup>.

La CDI finalmente adoptó una redacción más balanceada que la del *Harvard Draft*, pero una que también le asigna un lugar preponderante al propósito, u “objeto y fin” del tratado. Así, con los años, la propuesta del *Harvard Draft* fue convirtiéndose en una reliquia, y pocos autores intentaron actualizar y compatibilizar su propuesta con los postulados de la Convención de Viena.

En su lugar, el método teleológico pasó a ser identificado con la “Escuela de New Haven”<sup>86</sup>, una corriente integrada principalmente por profesores de la Universidad de Yale, que adquirió cierta centralidad en la disciplina a partir de la década de 1960. En efecto, en las discusiones de la Comisión de Derecho Internacional previas a la CVDT, fue la delegación estadounidense, liderada por el principal exponente de la Escuela de New Haven, Myres S. McDougal, la que abogó más fuertemente por una redacción que priorizara este método de interpretación<sup>87</sup>.

McDougal y sus colegas caracterizan al *Harvard Draft* como “conciso, comprehensivo y definitivo”<sup>88</sup> y “un excelente modelo, tanto en su declaración de un

---

partes, examinando -por ejemplo- los trabajos preparatorios, y que los textualistas lo buscan en el texto mismo, y frecuentemente en el preámbulo, quienes suscriben a la aproximación teleológica entienden que estos fines “pueden ser independientes de las intenciones originales de las partes y, en cierta medida, independientes también del texto” (JACOBS, 1969, p. 336).

<sup>84</sup> Sobre la centralidad del *Harvard Draft*, véase JACOBS, 1969, p. 323.

<sup>85</sup> HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, LAW OF TREATIES, 1935, p. 937

<sup>86</sup> Sobre la Escuela de New Haven como una aproximación (al menos parcialmente) teleológica, véase BYERS, 2002, p. 25; JACOBS, 1969, pp. 323–324; VENZKE, 2017.

<sup>87</sup> Véase MERRILLS, 1969

<sup>88</sup> MCDUGAL & GARDNER, 1951, p. 267

objetivo apropiado, como en su percepción de las características relevantes del proceso de acuerdo y su contexto”<sup>89</sup>. No obstante, existe una diferencia crucial entre el método teleológico del *Harvard Draft* y aquel propuesto por la Escuela de New Haven. El *Harvard Draft* mantenía en su proceso interpretativo un lugar central para el texto del tratado, usando el propósito para operacionalizarlo, para darle un sentido que permita su utilización para resolver una controversia jurídica<sup>90</sup>. La Escuela de New Haven, en cambio, le otorga al texto un lugar mucho más secundario<sup>91</sup>. McDougal, Harold Lasswell, y sus colegas de la Universidad de Yale entienden al derecho internacional no como un sistema de normas, sino como un proceso continuo de toma de decisiones<sup>92</sup>, en el que el texto de las reglas solamente es relevante en tanto estabiliza las expectativas de los actores que operan en este ámbito. La tarea crucial del intérprete, en este proceso interactivo continuo, no consiste en descifrar el contenido verdadero de la norma, sino meramente en identificar las “genuinas expectativas compartidas” por las partes del tratado, de modo tal de preservar las posibilidades comunicativas a futuro<sup>93</sup>. “El objetivo central del proceso interpretativo”, afirman McDougal y Lasswell, “puede ser formulado en la siguiente proposición: descubrir las expectativas compartidas que las partes de la comunicación relevante lograron crear los unos en los otros”<sup>94</sup>. Como se observa en la cita, lo notable

---

<sup>89</sup> MCDUGAL, 1967, p. 999. Su principal punto de acuerdo con el *Harvard Research* reside en lo que McDougal llama el principio de “propósitos mayores” (*major purposes*), de acuerdo con el cual “los acuerdos internacionales deben ser interpretados principalmente de acuerdo con los propósitos mayores, generales que se pretende que cumplan” (MCDUGAL & GARDNER, 1951, p. 267).

<sup>90</sup> “Al interpretar un tratado, el texto de este debe ser, por supuesto, respetado; el intérprete no puede alterarlo o sustituirlo con un texto nuevo. No obstante, las nudas palabras de un tratado pueden tener un significado solo si pueden ser tomadas como expresiones del propósito o diseño de las partes que las emplearon; tienen un ‘significado’ solo si se las considera a la luz del marco completo en el que son empleadas” (HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, LAW OF TREATIES, 1935, p. 947).

<sup>91</sup> “El texto es evidencia de intención, pero es la intención, no su evidencia, lo que es objeto de indagación. McDougal, Lasswell y Miller nos ofrecen un método para realizar esta indagación que promete, en caso de ser aplicado conscientemente, considerar toda la evidencia relevante disponible a las líneas opuestas de indagación, pero no pretende resolver el problema de la interpretación otorgándole al texto una claridad que no tiene” (FALK, 1968, p. 346). Véanse también GOTTLIEB, 1969, p. 127; VENZKE, 2017

<sup>92</sup> “La concepción más comprehensiva y realista de un acuerdo internacional (...) no es aquella de una mera colocación de palabras o signos en un pergamino, sino la de un proceso continuo de comunicación y colaboración entre las partes en construir y compartir valores requeridos” (MCDUGAL ET AL., 1967, p. xxiii). Para una explicación más general véase, por ejemplo, BIANCHI, 2016, pp. 94–95.

<sup>93</sup> CHEN, 2015, p. 329.

<sup>94</sup> MCDUGAL ET AL., 1967, p. xvi. En un texto anterior, McDougal afirmaba con un coautor que el objetivo debía ser “clarificar un modo de interpretación que le dé el efecto más racional a la intención de los redactores en la medida en que puedan alcanzar un interés común y expresarlo” (MCDUGAL & GARDNER, 1951, p. 266).

es que estas expectativas no son las que las partes tenían al momento de firmar el tratado, sino que son las que se desarrollan en un proceso comunicativo que excede al de la negociación del texto<sup>95</sup>. La intérprete debe entonces considerar “todos los signos relevantes y todos los compromisos que se realicen en cualquier momento antes, durante, o después de que el acuerdo sea concluido”<sup>96</sup>. Además, debe tener en cuenta “todo el proceso de acuerdo y su contexto de condiciones, el proceso de reclamo y decisión, y su posible impacto en las expectativas del proceso de toma de decisiones actual”<sup>97</sup>. El objetivo último es “promover la individualidad, la inventiva y la diversidad, y expandir las alternativas de cooperación abiertas a tantos miembros de la comunidad como sea posible, en tantas ocasiones como sea posible”<sup>98</sup>, es decir, garantizar un proceso comunicativo abierto en el que las partes puedan interactuar y negociar caso por caso que entienden de las reglas que los rigen.

La referencia al propósito u objeto y fin por parte de la Escuela de New Haven debe, entonces, ser entendida en este contexto<sup>99</sup>. McDougal, Lasswell y Miller coinciden con

---

<sup>95</sup> McDougal afirma que “debería ser la tarea de quienes toman las decisiones, representando a una comunidad mayor dedicada a construir y compartir valores a través de la persuasión y el acuerdo, con un mínimo de coerción y violencia, honrar y promover la individualidad, la inventiva y la diversidad, y expandir las alternativas en cooperación abiertas a tantos miembros de la comunidad como sea posible en tantas ocasiones como sea posible. Buscar imponerse sobre todas las partes, sean cuales sean sus matices de creatividad, solo puede ser una degradación de los valores básicos de tal comunidad. Cerrar o impedir la indagación sobre las características del proceso de creación y actuación en relación a acuerdos que de hecho afectan las expectativas de las partes sobre el compromiso, y establecer de antemano de la indagación jerarquías fijas de significado entre distintas características del proceso, cuya importancia es en realidad resultado de la configuración de todas las demás características en un contexto particular, podría implicar imponer sobre una o varias de las partes un acuerdo que nunca hicieron y perturbar completamente esa estabilidad en las expectativas que es indispensable para la cooperación efectiva” (McDOUGAL, 1967, pp. 997–998).

<sup>96</sup> CHEN, 2015, p. 329

<sup>97</sup> CHEN, 2015, p. 329.

<sup>98</sup> McDOUGAL, 1967, pp. 997–998.

<sup>99</sup> Esta diferencia entre la Escuela de New Haven y los redactores del *Harvard Draft* en cuanto al rol del texto en el proceso interpretativo permite explicar la dureza de las críticas que McDougal y sus colegas le hicieron a la redacción adoptada por la CDI (véase, por ejemplo, McDOUGAL, 1967, p. 995). A diferencia de lo que han sostenido algunos (BIANCHI, 2016, pp. 105–106), la principal objeción de estos autores a la redacción del artículo 31 de la CVDT no tiene que ver tanto con la marginalidad del propósito (en efecto, aun cuando es menor que en el *Harvard Draft*, el “objeto y fin” cumple un rol central en la CVDT), sino que se relaciona con el espacio primordial asignado por la CDI al texto del tratado, incompatible con la mirada comunicativa de la Escuela de New Haven. Esta preocupación queda clara cuando McDougal afirma, por ejemplo, que “la Comisión adopta una ‘aproximación básica’ que exige meramente la adscripción de sentido a un texto” (McDOUGAL, 1967, p. 992), que sus principios son “altamente restrictivos” (McDOUGAL, 1967, p. 999), y que “es difícil evitar la conclusión de que la formulación entera de los principios de interpretación elaborada por la Comisión de Derecho Internacional está basada en una concepción del ‘sentido corriente’ [del texto] que es de imposible aplicación” (McDOUGAL, 1967, p. 995).

el *Harvard Draft* en que, si el intérprete encuentra que en la comunicación entre las partes existen lagunas, imprecisiones, o contradicciones en la comunicación de las partes, entonces debe referirse a “las políticas básicas constitutivas de la comunidad mayor de la que forman parte tanto las partes como aquel a cargo de tomar la decisión”<sup>100</sup>. Pero esta referencia no tiene como fin determinar cuál es el derecho que rige a las partes en un momento dado, sino que tiene como fin -una vez más- estabilizar las expectativas recíprocas de modo tal de permitir una comunicación fluida entre los diversos actores que participan del proceso continuo de toma de decisiones<sup>101</sup>. El objetivo del intérprete, entonces, no es identificar las obligaciones pertinentes, sino elegir aquella lectura que “probablemente haga más para influenciar futuros acuerdos en armonía con objetivos de orden público”<sup>102</sup>.

Así, McDougal, Lasswell y sus colegas parecen establecer lo que Richard Gardiner ha llamado una “falsa dicotomía”: “[l]a opción ofrecida entre ‘una mera colocación de palabras o signos en un pergamino’ y el ‘proceso continuo de comunicación’ sugiere que las opciones son o bien una aproximación literal extrema, o bien una forma de interpretación con un final completamente abierto”<sup>103</sup>. Pero, en realidad, pueden existir

---

<sup>100</sup> MCDUGAL ET AL., 1967, p. 41. Esta idea de que existen ciertos valores centrales de la comunidad internacional, o principios de orden público, es crucial para la Escuela de New Haven, cuyos autores han dedicado extensas páginas a intentar identificar estos principios, generalmente partiendo de la idea de dignidad humana: véase, por ejemplo, la explicación de CHEN, 2015, pp. 535–552.

<sup>101</sup> “El punto importante”, sostienen McDougal, Lasswell y Miller, “es que las expectativas conjuntas de compromiso, comúnmente llamadas ‘acuerdo’, en cualquier grado logrado y mantenido, no son función de una única variable, como un texto o una declaración histórica, sino del proceso entero de interacción que le ha dado forma y afectado las expectativas de las partes” (MCDUGAL ET AL., 1967, p. xxiv).

<sup>102</sup> MCDUGAL ET AL., 1967, p. 48

<sup>103</sup> GARDINER, 2008, p. 66. Gideon Gottlieb critica acertadamente la utilización de teorías comunicativas para entender el proceso interpretativo: “Mis dificultades, no obstante, tienen que ver con la adopción de su teoría comunicativa (no, quiero enfatizar, con su énfasis apropiado en la importancia del contexto en la interpretación). El análisis conceptual sugiere que la teoría de la comunicación es enteramente inapropiada y fuera de lugar en el estudio del lenguaje y el texto. La inyección del modelo irrelevante de la teoría de la comunicación solo embarra lo que de otro modo es un análisis jurídico de la interpretación judicial que es magistral”. El problema radica en que “los textos jurídicos no pretenden relatar hechos ni ‘transmitir’ las expectativas compartidas de las partes a distintas audiencias. Lo que pretenden es influenciar a las personas, guiarlas, dirigir las; o, para ser más específicos, guiar su razonamiento, las inferencias que los guían hacia opciones, decisiones, juicios y demás. El objetivo de la interpretación es una deferencia sumisa a esta guía con respecto a su contexto y objeto. (...) Al recomendar como objetivo primario de la interpretación que quienes toman decisiones realicen un esfuerzo disciplinado y responsable para identificar las genuinas expectativas comunes de las partes de un acuerdo, McDougal enfatiza las deficiencias genuinas de la capacidad de las palabras de comunicar subjetividades compartidas. Yo sostendría, de todos modos, que el objetivo primario de la interpretación es trabajar sobre las palabras, textos y otros mecanismos acordados por las partes a la luz de sus objetivos acordados y expresados, esto es, con una apropiada consideración de su contexto (GOTTLIEB, 1969, pp. 128–129).

puntos intermedios entre estos dos extremos: de hecho, tanto el *Harvard Draft* como la redacción final de la CVDT delinean un proceso interpretativo que requiere que el intérprete considere, necesaria y simultáneamente, por un lado, el texto del tratado, su contexto y su herencia interpretativa y, por otro lado, los propósitos del acuerdo y del sistema normativo en el que este se encuentra inserto, leídos de buena fe. En ambos casos, el modelo no se queda solamente con el texto, ni con otros elementos fácticos (como el contexto, o la interpretación posterior de las partes), pero tampoco abre la puerta a que los intérpretes abandonen completamente la norma y renegocien constantemente de modo abierto<sup>104</sup>.

El problema es que esta falsa dicotomía ha tenido un impacto significativo en la literatura posterior a McDougal y compañía, y pocos autores se han tomado en serio la necesidad de construir un método teleológico que reconozca al texto de los tratados como punto de partida de la indagación<sup>105</sup>. El *Harvard Draft*, luego de la adopción de la CVDT, ha pasado a ser una especie de reliquia prehistórica, y la escuela teleológica ha sido asociada casi con exclusividad a la aproximación *policy-oriented* de la Escuela de New Haven. Así, por ejemplo, se ha asociado el recurso a los propósitos como método interpretativo con una práctica con ciertos tonos imperialistas, en el que las potencias hegemónicas manipulan el derecho a su gusto, a la luz de los principios en torno a los cuales construyen su discurso dominante<sup>106</sup>. Si lo que nuestra intérprete pretende determinar, entonces, es qué es lo que establece el *derecho* respecto de las organizaciones de la sociedad civil, difícilmente pueda encontrar una respuesta útil en esta escuela de

---

<sup>104</sup> Carlos Espósito realiza una crítica a la Escuela de New Haven orientada en la misma dirección: “El problema más acuciante de esta teoría proviene de la mencionada incorporación de esos análisis prudenciales, ya que los mismos presuponen unos valores perseguibles por la comunidad internacional, cuya realización debe ser favorecida por las normas jurídicas. Por supuesto, la escuela de New Haven dedica gran parte de su esfuerzo a determinar el conjunto de principios que conforma el orden público mundial, es decir, los valores superiores de la comunidad internacional. Sin embargo, y ésta es la crítica más fuerte a que se ha visto sometida esta escuela, la inclusión de esos valores conlleva una indeterminación del Derecho tan grande que lo priva de una de sus cualidades básicas: un mínimo de autonomía e independencia” (ESPÓSITO, 1999, p. 21).

<sup>105</sup> Existen, por supuesto, algunas excepciones notables, que serán estudiadas en el próximo capítulo. Lo llamativo, de todos modos, es que estas aproximaciones no han sido identificadas con la escuela teleológica, sino que han sido presentadas como proyectos *sui generis*.

<sup>106</sup> Richard Falk ha ensayado este argumento específicamente en relación con la obra de McDougal y Lasswell: “McDougal y Lasswell parecen alejarse aquí rápidamente de una aproximación al orden mundial que personifica las miradas contingentes del tiempo y el espacio de la política exterior de mitad de siglo de los Estados Unidos, con su foco en contener la difusión de la influencia comunista. A diferencia de trabajos anteriores en su serie destinados al orden público mundial, *Interpretation* no está herido por el partidismo propio de la guerra fría” (FALK, 1968, p. 331).



interpretación, a menos que se remonte a propuestas de la década del treinta, casi completamente olvidadas por la disciplina.

## **1.2. Conclusión: las escuelas clásicas de interpretación de tratados frente al desacuerdo**

El balance final, luego de esta exploración de las aproximaciones clásicas a las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, es bastante agridulce. Es cierto que los artículos 31 y 32 de la Convención proveen a los operadores jurídicos una serie de estándares extremadamente útiles para determinar el contenido de una cláusula de un tratado. La CVDT recoge, con acierto, algunos principios que han sido centrales en la práctica de la disciplina durante años, y clarifica que ellos son los que deben ser utilizados para resolver disputas interpretativas respecto de un cierto texto. Pero lo que la Convención no hace -por voluntad expresa de sus redactores- es proveer una forma de resolver qué hacer cuando distintos métodos apunten a distintas soluciones; es decir, cuando la yuxtaposición de herramientas deja de ser una ventaja y pasa a ser un problema. La CDI fue explícita, en la década de 1960, en este sentido: según la Comisión, “la aplicación de los métodos de interpretación del tratado sería una única operación combinada. Todos los elementos, del modo en que estuvieran presentes en cada caso, deberían ser arrojados a un *crisol*, y su interacción daría la interpretación jurídicamente relevante”<sup>107</sup>.

Lo que este “crisol” refleja, palabras más, palabras menos, es un alto grado de discreción de los operadores jurídicos a cargo de la interpretación del derecho, quienes ponderarán los distintos métodos interpretativos yuxtapuestos en la CVDT del modo que crean conveniente en el caso, sin demasiada guía por parte del derecho internacional. El problema, por supuesto, es que esto no conduce a resolver las indeterminaciones: si se siguiera esta línea de acción, Zahara Heckscher y las ONGs apelarán a un tipo de argumentos, basados en un método interpretativo, y Michael Froman y los funcionarios estatales apelarán a otro tipo de argumentos, basados en otro método, generando una especie de diálogo de sordos en el que el derecho internacional no tendría, en los hechos, ninguna utilidad, dado que no existiría acuerdo en cuánto a qué es lo que establece.

---

<sup>107</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, Vol. II, p. 187-274, párrafo 8, énfasis añadido por mí.

Lo que intenté señalar en este apartado no es que este “problema del crisol”, por llamarlo de algún modo, sea irresoluble, sino que las aproximaciones clásicas a la interpretación de los tratados internacionales (es decir, las tres escuelas) no han sido exitosas en resolverlo – o que, en todo caso, lo resuelven de modo arbitrario. En el capítulo siguiente identificaré una aproximación alternativa a la interpretación de los tratados internacionales que -creo- les puede dar a Zahara y a Froman bases más sólidas para resolver sus desacuerdos interpretativos. Pero antes de llegar a eso, veamos si este tipo de problemas se presentan también en relación a la segunda fuente del derecho internacional: la costumbre.

## 2. LAS REGLAS DE IDENTIFICACIÓN DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

La costumbre internacional es una fuente de derecho de igual jerarquía y valor que los tratados<sup>108</sup>. La teoría clásica sostiene que para que exista una norma consuetudinaria de este tipo deben presentarse dos elementos: por un lado, una práctica constante y generalizada de los Estados, y por el otro, una conciencia de obligatoriedad u *opinio juris*; es decir, que la práctica en cuestión haya sido conceptualizada como una obligación jurídica por los Estados que la llevan a cabo<sup>109</sup>.

El problema<sup>110</sup>, como quizás resulte evidente, es qué constituye práctica suficiente, y cuándo se debe considerar que dicha práctica ha sido aceptada como derecho por los

---

<sup>108</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.

<sup>109</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.b. Véase, generalmente, como punto de partida, AKEHURST, 1975; MENDELSON, 1998; TREVES, 2006. La Corte Internacional de Justicia ha sido explícita en este sentido: “es axiomático que el material del derecho internacional consuetudinario debe ser buscado principalmente en la práctica real de los Estados y en su *opinio juris*” (Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental* (Libia c. Malta), 1985 I.C.J. 29 (3 de junio), párrafo 27.). Véase además la revisión de casos y comentarios en Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafos 21-30. La Comisión de Derecho Internacional también ha refrendado esta aproximación de dos elementos en sus “conclusiones” preliminares: Comisión de Derecho Internacional, *Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción*, U.N. Doc. A/CN.4/L.869 (15 de julio de 2015). No obstante, hay quienes sostienen que la disciplina y los tribunales, pese a las reiteradas afirmaciones de la CIJ, ha abandonado en los hechos esta aproximación. Rudy Baker, por ejemplo, remarca que “el debate sobre si la práctica estatal consistente y la *opinio juris* son los únicos pilares del derecho internacional consuetudinario está terminado porque, para bien o para mal, queda claro que ya no lo son” (BAKER, 2010, p. 175). En el mismo sentido, véase, por ejemplo, GEIGER, 2011; ILA, 2000; KIRGIS, 1987; LEPARD, 2012; TASIOLAS, 1996.

<sup>110</sup> Por supuesto, este es solo el uno de los problemas de la costumbre. Quizás el problema más severo sea su falta de legitimidad democrática, al no tener ni siquiera la tenue conexión del consentimiento expreso que tiene el procedimiento de negociación y aprobación de tratados. Joel Trachtman identifica siete dimensiones específicas en las cuales la costumbre internacional es deficitaria: “El derecho internacional consuetudinario tiene importantes limitaciones: (i) no puede ser delineada de forma coordinada en

Estados en cuestión<sup>111</sup>. El artículo 38 del Estatuto de la CIJ -la fuente de las fuentes- no da indicaciones al respecto, y no existe un tratado equivalente a la CVDT que ayude a los operadores con el proceso<sup>112</sup>. Además, a diferencia de lo que suele ocurrir con los tratados, el problema de la indeterminación en el caso de la costumbre se presenta no solo al momento de la determinación del contenido de la norma (es decir, al interpretar *a qué* obliga la costumbre), sino también antes, al momento de la identificación de la norma misma (es decir, al interpretar *si* existe o no una costumbre)<sup>113</sup>.

Por estos motivos, hay quienes afirman que “en la costumbre internacional, casi todo sigue siendo controvertido”<sup>114</sup>, y hay quienes la describen, parafraseando a Winston Churchill, como “un acertijo envuelto en un misterio dentro de un enigma”<sup>115</sup>. A diferencia de lo que ocurre con los tratados, que tienen un alto grado de formalización y

---

anticipación a los eventos, (ii) no puede ser construida con suficiente detalle, (iii) no puede ser hecha con suficiente reciprocidad heterogénea entre los Estados, (iv) no puede ser hecha con suficiente apoyo organizacional específicamente diseñado, (v) generalmente no está sujeta a control parlamentario nacional, (vi) intenta obligar a Estados que no consintieron pero que no se opusieron a su formación, y (vii) provee excesivo espacio para la auto-interpretación por parte de los Estados, o para una interpretación a veces insuficientemente disciplinada por parte de los jueces. El derecho legislado puede actuar mejor que la costumbre en todas estas dimensiones” (TRACHTMAN, 2016, p. 173).

<sup>111</sup> “La incertidumbre acerca del régimen que gobierna la identificación de la costumbre internacional es una de las razones, quizás la principal, para este estado de la cuestión: ¿cómo sabemos si una proposición específica ha ganado (o mantenido) estatus consuetudinario? ¿Cuánta práctica es necesaria, cómo es que un hábito se vuelve vinculante, etcétera? Estas preguntas son parte del derecho de las fuentes y particularmente del ‘meta-derecho’ sobre la costumbre” (TAMS, 2015, p. 52).

<sup>112</sup> “Las técnicas usuales por las que la comunidad internacional intenta clarificar y/o codificar el derecho internacional rara vez han sido utilizadas: no se ha concluido ningún tratado sobre meta-costumbre; de hecho, la cláusula que se refiere más obviamente a la cuestión -el artículo 38(1)(b) del Estatuto de la CIJ- está formulada como una indicación a una corte en particular, no como una cláusula general sobre las fuentes. Si, de todos modos, el artículo 38(1)(b) se ha vuelto el punto de partida para las discusiones sobre costumbre, esto es por razones de conveniencia. Difícilmente pueda ser más que un punto de partida, dado que dice tan poco, y en forma tan curiosa. En cuanto a otros procesos de creación de derecho, las resoluciones de la Asamblea General no proveen una guía sobre cómo identificar costumbre, y pocos Estados se han posicionado tradicionalmente sobre la cuestión en abstracto” (TAMS, 2015, pp. 52–53).

<sup>113</sup> En dos artículos recientes, Jean D’Aspremont y Duncan Hollis distinguen entre procesos de *content-determination* y procesos de *law-ascertainment*. El primero es el clásico proceso regulado, por ejemplo, por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: no hay discusión respect de la validez de la norma, sino solo respect de su contenido. En el segundo, en cambio, la discusión es acerca de la existencia de la norma misma: “Hay un proceso interpretativo distinto por el cual cualquier profesional también debe interpretar el *pedigree* de las reglas para poder determinar si una cierta regla puede pretender ser parte del orden jurídico internacional. Esto generalmente involucra la interpretación de una teoría de las fuentes del derecho. Significativamente, este proceso interpretativo de identificación de reglas no se puede confundir con el proceso de determinación del contenido. El punto principal, aquí, es que nuestro entendimiento de la interpretación no debería limitarse a la determinación del contenido” (D’ASPREMONT, 2015, p. 117). Véase también HOLLIS, 2015.

<sup>114</sup> WOLFKE, 1993, p. 2.

<sup>115</sup> FIDLER, 1996, p. 198. Véase también BODANSKY, 2014, p. 179; TAMS, 2015, p. 52.

regulación, la costumbre es una fuente “de notoria flexibilidad e intangibilidad”<sup>116</sup>, “indeterminada y manipulable”<sup>117</sup>, “maleable, flexible, incoherente e incompleta”<sup>118</sup>, cuya “identificación y aplicación genera frustración y fricciones”<sup>119</sup>. Dado que “no hay un entendimiento común acerca de cómo se forman estas normas consuetudinarias, ni hay acuerdo respecto de su contenido”<sup>120</sup>, la costumbre internacional parece ser, dicen algunos, “una cuestión de gustos”<sup>121</sup>.

Los defensores de la teoría clásica respecto de la costumbre disienten con estas miradas escépticas. En un reciente artículo, Omri Sender y Michael Wood<sup>122</sup> afirman que la costumbre está más presente que nunca en el sistema jurídico internacional, y que su contenido es cada vez más claro<sup>123</sup>. Ello se debe, según estos autores, a que décadas de práctica han clarificado enormemente la operación de la costumbre internacional, dotando a los operadores jurídicos de estándares y parámetros precisos para su identificación. En suma, dicen Sender y Wood, “el desarrollo de varias décadas ha logrado una considerable claridad, y muchas de las preguntas históricas (...) parecen haber sido resueltas. Durante este tiempo, el derecho internacional consuetudinario ha retenido en gran medida sus características y elementos centrales”<sup>124</sup>.

Con respecto a esta práctica que mencionan Sender y Wood, dos desarrollos han sido particularmente notables. Por un lado, tribunales como la Corte Internacional de Justicia han resuelto cientos de casos en los que han debido identificar reglas de costumbre<sup>125</sup>.

---

<sup>116</sup> WOLFKE, 1993, p. 2.

<sup>117</sup> KELLY, 2000, p. 451.

<sup>118</sup> TAMS, 2015, p. 69.

<sup>119</sup> FIDLER, 1996, p. 198.

<sup>120</sup> KELLY, 2000, p. 451.

<sup>121</sup> KELLY, 2000, p. 451.

<sup>122</sup> Sir Michael Wood es, desde 2012, relator especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Véase la sección I.2.1.2 de este capítulo para una discusión de su trabajo.

<sup>123</sup> SENDER & WOOD, 2017, p. 300 (“el derecho consuetudinario no solo está tan presente hoy en el sistema jurídico internacional como lo estuvo siempre, sino que es entendido aún mejor de lo que lo fue anteriormente”).

<sup>124</sup> SENDER & WOOD, 2017, p. 308.

<sup>125</sup> Infinidad de estudios han sido publicados sobre los estándares desarrollados por la CIJ para identificar la costumbre internacional. Véase, por ejemplo, AKEHURST, 1975; ALVAREZ-JIMÉNEZ, 2011; CHOI & GULATI, 2016; GEIGER, 2011; KOLB, 2003; MENDELSON, 1998; PETERSEN, 2017; SCHLÜTTER, 2010; TALMON, 2015a; TAMS, 2015; TREVES, 2006.

Los criterios y estándares utilizados en esas decisiones han sido internalizados por la disciplina, y hoy indudablemente sirven de guía para los operadores jurídicos que trabajan con normas consuetudinarias<sup>126</sup>. Por otro lado, la Comisión de Derecho Internacional ha realizado recientemente una serie de estudios con el propósito de clarificar los métodos de identificación de la costumbre internacional<sup>127</sup>. Además de cuatro informes describiendo la práctica de los Estados y los tribunales<sup>128</sup>, la Comisión -liderada por el propio Michael Wood- está elaborando una serie de principios (la versión actual, en borrador, tiene 16 “conclusiones”<sup>129</sup>) sobre “la forma en que se han de determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario”<sup>130</sup>.

A partir de estos dos desarrollos, hoy hay cierto acuerdo en cuanto a que la práctica necesaria para que exista costumbre internacional “no debe ser unánime (universal)”<sup>131</sup>,

---

<sup>126</sup> El Relator Especial Michael Wood sostiene que “está ampliamente reconocido en la literatura que la Corte Internacional de Justicia, a través de su jurisprudencia, ha reforzado el rol del derecho internacional consuetudinario y clarificado algunos de sus aspectos” (Comisión de Derecho Internacional, *Primer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/663 (17 de mayo de 2013), párrafo 64). Christian Tams anota que “nada de esto hace que la costumbre sea fácil de aplicar, lejos de eso. Quienes deben aplicar el derecho retienen ‘una gran medida de poder discrecional’ en cualquier identificación de reglas particulares de costumbre. Precisamente porque la Corte ha preferido nociones flexibles (‘firme’, ‘extendida’, etc.) a reglas claras (‘unanimidad’, ‘desde tiempo inmemorial’, etc.), mucho queda en manos de quien debe interpretar, y abierto a disputa. No obstante, las clarificaciones provistas por la Corte representan un paso adelante hacia un lenguaje común en la determinación de costumbre” (TAMS, 2015, p. 64).

<sup>127</sup> La información completa al respecto puede ser encontrada en el sitio web de la Comisión: [http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_13.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml).

<sup>128</sup> Comisión de Derecho Internacional, Primer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial, U.N. Doc. A/CN.4/663 (17 de mayo de 2013); Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014); Comisión de Derecho Internacional, Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial, U.N. Doc. A/CN.4/682 (27 de marzo de 2015); Comisión de Derecho Internacional, Cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial, U.N. Doc. A/CN.4/695 (8 de marzo de 2016).

<sup>129</sup> Comisión de Derecho Internacional, Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, U.N. Doc. A/CN.4/L.869 (15 de julio de 2015).

<sup>130</sup> *Ibid.*, proyecto de conclusión 1.

<sup>131</sup> Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 52.

pero sí “extensa”<sup>132</sup> o “generalizada”<sup>133</sup>; debe ser un “uso constante y uniforme”<sup>134</sup>; y debe tener cierta duración, aunque “el pasaje de solo un corto período de tiempo no es necesariamente, en sí mismo, un obstáculo a la formación de una nueva regla de costumbre internacional”<sup>135</sup>. Además, las acciones deben ser “aceptadas como derecho”<sup>136</sup> por los Estados que las llevan a cabo, lo que quiere decir que la razón para realizarlas debe ser la obligación, y no “otras consideraciones extrajurídicas que un Estado pueda tener con respecto a la práctica en cuestión”, tales como “cortesía, buena vecindad u oportunidad política”<sup>137</sup>, “conveniencia o tradición”<sup>138</sup>.

Ahora bien, pese a estos esfuerzos de ambas instituciones y al desarrollo de estos estándares, persisten las dudas en la academia respecto de la suficiencia de la teoría clásica para lidiar con las indeterminaciones propias de una fuente como la costumbre internacional<sup>139</sup>. En las próximas secciones, analizaré, primero, los vaivenes en la metodología de identificación de la costumbre en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, y segundo, los déficits de los principios propuestos por la

---

<sup>132</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero), párrafo 74. Véase también MENDELSON, 1998, p. 219.

<sup>133</sup> Véase Corte Internacional de Justicia, *Cuestiones Relativas a la Delimitación Marítima y Territorial* (Catar c. Baréin), 1995 I.C.J. 6 (15 de febrero), párrafo 205 (refiriéndose a “una práctica generalizada [y uniforme]”), Corte Internacional de Justicia, *Delimitación de la Frontera Marítima en el Área del Golfo de Maine* (Canadá c. Estados Unidos de América), 1984 I.C.J. 246, párrafo 111 (refiriéndose a “una práctica suficientemente extensa y convincente”); Corte Internacional de Justicia, *Jurisdicción de Pesquerías* (Reino Unido c. Islandia), 1974 I.C.J. 3 (18 de diciembre), Opinión Separada de los Jueces Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh y Ruda, pp. 45 y 51 (refiriéndose a práctica estatal “suficientemente extensa” y “suficientemente general y uniforme”) y Opinión Disidente del Juez Petrán, p. 161 (refiriéndose a la necesidad de un número “suficientemente grande” de Estados).

<sup>134</sup> Corte Internacional de Justicia, *Derecho de Asilo* (Colombia c. Perú), 1950 I.C.J. 266 (20 de noviembre), páginas 276-277.

<sup>135</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero), párrafo 74.

<sup>136</sup> Comisión de Derecho Internacional, Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 68

<sup>137</sup> Corte Internacional de Justicia, *Derecho de Asilo* (Colombia c. Perú), 1950 I.C.J. 266 (20 de noviembre), páginas 285-286. Véase Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 61

<sup>138</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero), párrafo 77.

<sup>139</sup> Véase, desde diversas perspectivas, por ejemplo, BODANSKY, 2014; CHOI & GULATI, 2016; FIDLER, 1996; GEIGER, 2011; KADENS & YOUNG, 2013; KELLY, 2000; KIRGIS, 1987; LEPARD, 2012; MAISLEY & LOSADA REVOL, 2016; TALMON, 2015a; TASIOULAS, 1996, 2009; TRACHTMAN, 2016; WOLFKE, 1993.

Comisión de Derecho Internacional. En ambos casos, sugeriré que la aplicación de la teoría clásica -es decir, la idea de que la identificación de la costumbre requiere exclusiva y necesariamente la prueba de la existencia de práctica y *opinio juris* basada en un estudio inductivo- conduce indefectiblemente a interpretaciones inconsistentes y un tanto arbitrarias. Por lo tanto, en línea con un creciente número de autoras y autores<sup>140</sup>, sugeriré que para la identificación e interpretación de la costumbre internacional nuestra intérprete necesita un nuevo marco teórico, cuyo desarrollo quedará para el próximo capítulo.

## **2.1. Las aproximaciones clásicas a la identificación e interpretación de la costumbre internacional**

### **2.1.1. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia respecto de la identificación de reglas de costumbre internacional**

Existe cierto consenso en cuanto a que la Corte Internacional de Justicia -referente indiscutido en la materia<sup>141</sup>- ha mostrado históricamente una notable falta de rigor en sus métodos para la identificación de normas de costumbre internacional<sup>142</sup>. Dos problemas han sido generalmente resaltados en este sentido: primero, (i) una cierta inconsistencia de la Corte en relación a sus propios estándares en la materia; y segundo, (ii) una cierta tendencia a la arbitrariedad, es decir, a identificar normas consuetudinarias sin dar mayores explicaciones al respecto.

El primer problema, (i) el de la inconsistencia de la CIJ respecto de la costumbre, ha sido analizado extensamente en la literatura, en la que existe una suerte de acuerdo sobre el tema<sup>143</sup>. Alan Boyle y Christine Chinkin, por ejemplo, sostienen en su libro que “aun

---

<sup>140</sup> Véase, por ejemplo, BODANSKY, 2014; GEIGER, 2011; KIRGIS, 1987; LEPARD, 2012; MAISLEY & LOSADA REVOL, 2016; PINTO, 2009; TALMON, 2015a; TASIOLAS, 1996, 2009

<sup>141</sup> “Históricamente, la corte más importante en lo que refiere a la determinación del derecho internacional consuetudinario ha sido la Corte Internacional de Justicia. Es la corte de mayor jerarquía entre los tribunales internacionales y el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. Esta es la corte cuyas determinaciones son más frecuentemente citadas por académicos y otras cortes como la autoridad clave en materia de qué es costumbre y cómo debería determinarse” (CHOI & GULATI, 2016, p. 126). Véase también, por ejemplo, TAMS, 2015, pp. 54–78.

<sup>142</sup> “La metodología probablemente no sea el punto fuerte de la Corte Internacional de Justicia” (TALMON, 2015a, p. 418), al menos en lo que refiere a la costumbre internacional, sugiere Stefan Talmon. “A diferencia de su aproximación a los métodos de interpretación de tratados, la Corte rara vez ha explicado su metodología para determinar la existencia, contenido y alcance de las reglas de derecho internacional consuetudinario que aplica en sus decisiones” (TALMON, 2015a, p. 418). Véase en el mismo sentido, entre otros, BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 278–285; HERNÁNDEZ, 2014b, p. 91; MAISLEY & LOSADA REVOL, 2016; PINTO, 2009, p. 29; TALMON, 2015a, p. 418.

<sup>143</sup> Véase, por ejemplo, ALVAREZ-JIMÉNEZ, 2011; BODANSKY, 2014; BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 278–285; H. G. COHEN, 2015; GEIGER, 2011; LEPARD, 2012; TALMON, 2015a.

cuando la CIJ ha delineado una metodología para identificar reglas de derecho internacional consuetudinario, ella misma no la sigue ni consistentemente ni rigurosamente”<sup>144</sup>. Más aun, según estos autores, “es difícil llegar a alguna conclusión excepto que cuando los propios requisitos establecidos por la Corte presentan un obstáculo, el tribunal los descontará para encontrar la costumbre -o para no encontrarla- cuando desee hacerlo, y encontrará evidencia suficiente en cada caso según lo crea necesario”<sup>145</sup>.

Estas inconsistencias son tales que la bibliografía especializada ha llegado al punto de clasificar las decisiones de la CIJ respecto de la costumbre internacional en dos grandes grupos, según el método utilizado por la Corte para identificar reglas consuetudinarias<sup>146</sup>. Lo notable -y de allí la inconsistencia- es que no existen criterios unívocos para que la Corte asigne un caso a uno u otro grupo, sino que esto parece depender enteramente de la voluntad y discreción de los jueces<sup>147</sup>.

Por un lado, están aquellas decisiones que responden a la “*aproximación tradicional*”<sup>148</sup> del tribunal: una más estricta, aferrada a la presencia necesaria de los dos

---

<sup>144</sup> BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 284.

<sup>145</sup> BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 284–285.

<sup>146</sup> La distinción entre costumbre “tradicional” y “moderna” fue planteada primero por Anthea Roberts, en un artículo publicado en el *American Journal of International Law* (ROBERTS, 2001), y tomó cierta centralidad en la discusión al ser discutida por Alan Boyle y Christine Chinkin en su libro sobre la formación del derecho internacional (BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 278–285). No obstante, en ambas ocasiones se utiliza con un sentido ligeramente distinto: i) Roberts habla de una “costumbre tradicional” y una “costumbre moderna”, refiriéndose no a los autores, sino a las normas en sí; mientras que ii) Boyle y Chinkin sí hablan de una “aproximación tradicional” y una “aproximación moderna”, pero haciendo referencia a la Corte Internacional de Justicia y no a la doctrina. La centralidad que ha tenido esta distinción es tal que ha sido reconocida por los informes del Relator Especial Wood ante la CDI, y por el expresidente de la Corte Peter Tomka, en sus reflexiones sobre la costumbre internacional. Véase Comisión de Derecho Internacional, *Primer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/663 (17 de mayo de 2013), párrafos 95-101, y TOMKA, 2013.

<sup>147</sup> Un factor determinante es, sin dudas, si la discusión pone en juego cuestiones relacionadas con el derecho internacional de los derechos humanos. Mónica Pinto sostiene que, en muchos de estos casos, “la decisión de la Corte es una genuina creación de derecho. Sucede que la Corte está dando una lectura moral de lo que el derecho internacional de la post Segunda Guerra Mundial tiene previsto como uno de sus pilares. La Corte está integrando los derechos humanos que la Carta evoca en su preámbulo. De este modo, la Corte comienza a construir un derecho consuetudinario y para ello avanza el elemento subjetivo, el *deber ser* o la *opinio juris sive necessitatis*, y lo pone a la búsqueda de una práctica” (PINTO, 2009, p. 29).

<sup>148</sup> “Bajo el método estrictamente inductivo, la Corte declara la existencia de normas consuetudinarias únicamente una vez que ha sido demostrado que los dos requisitos del artículo 38 están presentes. La justificación subyacente para esta aproximación estricta es que una declaración de que una regla es derecho internacional consuetudinario implica que todos los Estados deben cumplir con las reglas relevantes, independientemente de si han participado en la creación y el desarrollo de una cierta práctica, e independientemente de su impacto en sus intereses. Por lo tanto, no es sorprendente que, dada esta realidad,



elementos (práctica y *opinio juris*)<sup>149</sup>, y a veces identificada con el método inductivo<sup>150</sup>. Quizás el ejemplo más claro de este tipo de aproximación sea el fallo de la Corte en el caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, de 1969<sup>151</sup>. En 1964, Alemania, Dinamarca y los Países Bajos sometieron a la CIJ una disputa respecto de la delimitación de su plataforma continental. Mientras que Dinamarca y los Países Bajos sostenían que existía una costumbre internacional estableciendo que situaciones como estas debían ser resueltas por la regla de la equidistancia, Alemania afirmaba que dicha regla no existía y que, de todos modos, aún si hubiera existido, habría conducido a una solución inequitativa. La Corte dejó de lado todas las consideraciones de justicia, y decidió el caso

---

la Corte haya adoptado, por ejemplo, una mirada estricta respecto del reconocimiento de reglas consuetudinarias embebidas en tratados internacionales negociados por un número limitado de Estados” (ALVAREZ-JIMÉNEZ, 2011, p. 686).

<sup>149</sup> El Relator Especial Wood distingue esta aproximación principalmente por la centralidad que les otorga a los dos elementos materiales de la costumbre: “El criterio “tradicional”, reflejado en el Artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ha sido interpretado ampliamente como que exige dos componentes para la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario: a) la práctica general de los Estados, y b) la aceptación de dicha práctica como derecho. A menudo se hace referencia a la primera como el elemento “objetivo” (material) que se refiere a la coherencia y uniformidad de la práctica a lo largo del tiempo; se hace referencia a la segunda (también conocida como *opinio juris sive necessitatis*, “creencia de que existe el derecho o la necesidad”) como el elemento “subjetivo” (psicológico), relativa a los motivos por los cuales los Estados adoptan dicha conducta. Este criterio, reconocido como la “posición dominante en las teorías más difundidas del derecho internacional consuetudinario”, considera que cada uno de los dos elementos es indispensable; al mismo tiempo, dentro de esa concepción bipartita aparentemente se da prioridad a la práctica de los Estados, en el sentido de que “la costumbre comienza con actos que se convierten en práctica arraigada; posteriormente esa práctica puede dar lugar a la creencia de que ha pasado a ser obligatoria”. En otras palabras, “hay que observar lo que los Estados en realidad hacen en sus relaciones mutuas, y tratar de comprender por qué lo hacen y, en particular, si reconocen que existe la obligación de adoptar un cierto curso” (Comisión de Derecho Internacional, *Primer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/663 (17 de mayo de 2013), párrafo 96).

<sup>150</sup> Es decir, “un proceso de ir de lo específico a lo general. Es un proceso sistemático de observación y generalización empírica” (TALMON, 2015a, p. 420). Talmon sostiene, no obstante, que el método inductivo y el deductivo son en realidad complementarios en la operación de la CIJ, necesariamente. Otros autores, como Alberto Álvarez-Jiménez, asocian directamente el método inductivo con una posición “estricta” o “dura” de la Corte: véase ALVAREZ-JIMÉNEZ, 2011, p. 686. Lo mismo hace el Relator Especial Wood: “este criterio sigue siendo leal a la concepción clásica de la formación del derecho consuetudinario como un proceso empírico, descentralizado y de abajo hacia arriba; cuando se lo ubica en el plano internacional, el derecho internacional consuetudinario debe interpretarse mediante un razonamiento inductivo centrado en el Estado y sin consideraciones normativas independientes. Se dice que solo dar fuerza jurídica a las conductas reales y la expectativa de que goza de un amplio grado de aceptación de la comunidad internacional asegura la estabilidad, fiabilidad y legitimidad del derecho internacional consuetudinario” (Comisión de Derecho Internacional, *Primer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/663 (17 de mayo de 2013), párrafo 96).

<sup>151</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero), página 44. Sobre el caso como ejemplo de una aproximación tradicional, o estricta, véase, por ejemplo, ALVAREZ-JIMÉNEZ, 2011, p. 686; MAISLEY & LOSADA REVOL, 2016.

basándose en un escrutinio estricto de la práctica y la *opinio juris* existente. Para que haya costumbre, dijo, “dos condiciones deben ser cumplidas. No solo los actos en cuestión deben constituir una práctica establecida, sino que deben ser tales, o ser llevados a cabo de tal forma, que constituyan prueba de una creencia de que esta práctica es obligatoria por la existencia de una regla de derecho que así lo requiere”<sup>152</sup>. Además, sostuvo que el proceso por el cual las reglas contenidas en un tratado se convierten en consuetudinarias es un “resultado que no se debe considerar livianamente conseguido”<sup>153</sup>. Así, concluyó que no había práctica suficiente para considerar que el principio de equidistancia fuera consuetudinario<sup>154</sup>, y que la única regla aplicable era la obligación de los Estados de negociar una solución “equitativa”. Ahora bien, esta mención a la equidad, aclaró la CIJ, no se refería a consideraciones abstractas, sino al derecho positivo: cuando un tribunal habla de justicia o de aplicación del derecho, dijo la CIJ, “lo que quiere decir es que la decisión encuentra justificación objetiva en consideraciones que no están fuera del derecho sino dentro de él, y en este campo es precisamente una regla de derecho la que obliga a la aplicación de principios de equidad”<sup>155</sup>.

Por otro lado, están los casos que se suelen asociar a una “*aproximación moderna*” de la Corte a la costumbre, más flexible y a veces asociada con el método deductivo<sup>156</sup>. Un temprano ejemplo de esta aproximación es el caso de las *Pesquerías Anglo-Noruegas*, de 1951. En esa ocasión, las partes sometieron a la Corte una disputa respecto de las zonas marítimas en las que Noruega podía reclamar exclusividad para sus pescadores, excluyendo a ciudadanos británicos que quisieran pescar en esas aguas. Si bien existían reglas para la determinación de estas zonas, la aplicación de estas reglas al caso era complicada, por las particulares características de la costa noruega, que está plagada de

---

<sup>152</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero), párrafo 77.

<sup>153</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero), párrafo 77.

<sup>154</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero), párrafo 74.

<sup>155</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero), párrafo 88.

<sup>156</sup> Los defensores de la aproximación más clásica de la Corte a la costumbre internacional en general niegan que en los casos descriptos como “aproximación moderna” la CIJ esté realmente haciendo algo distinto. Michael Wood y Omri Sender, por ejemplo, afirman que “de hecho, no está del todo claro que la Corte alguna vez haya aplicado un método verdaderamente ‘deductivo’ en la determinación de derecho internacional consuetudinario” (SENDER & WOOD, 2015).

fiordos que dificultan la determinación de la línea de base. Para resolver, la Corte decidió dejar de lado la práctica multilateral contenida, por ejemplo, en la Conferencia de 1930 para la Codificación del Derecho Internacional y se dedicó a analizar la práctica concreta en la relación entre ambos Estados respecto de esta situación particular. En el marco de un extenso análisis de las posiciones históricas de las partes, la CIJ sostuvo que:

“no se le puede otorgar demasiada importancia a las pocas incertidumbres o contradicciones, reales o aparentes, que el gobierno del Reino Unido dice haber descubierto en la práctica noruega. Éstas pueden ser fácilmente entendidas a la luz de la variedad de hechos y condiciones prevalentes en el largo período que ha pasado desde 1812, y no son, como tales, capaces de modificar las conclusiones alcanzadas por la Corte.”<sup>157</sup>

Como es evidente, el tono y la posición de la Corte son muy diferentes de los esbozados en los casos asociados con la aproximación tradicional. A diferencia de lo que hizo en el caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, por ejemplo, la Corte adopta explícitamente un criterio laxo respecto de la uniformidad de la práctica, y desestima las contradicciones en los elementos de la costumbre a la luz de otras consideraciones. Esto es todavía más explícito en otro pasaje del fallo, en el cual la CIJ abandona momentáneamente el análisis de los elementos de la costumbre, y decide considerar otras cuestiones que considera relevantes para resolver el caso. Allí sostiene que “algunas consideraciones básicas inherentes a la naturaleza del mar territorial traen a la luz criterios que, aunque no enteramente precisos, pueden proveerles a las cortes una base adecuada para sus decisiones, que pueden ser adaptadas a los distintos hechos en cuestión”<sup>158</sup>. Entre otros puntos, la Corte menciona allí “la dependencia estrecha del mar territorial respecto del dominio territorial”, “la relación más o menos estrecha entre ciertas áreas marítimas y las formaciones terrestres que las dividen o las rodean” y -muy especialmente- una consideración “cuyo alcance se extiende más allá de los factores puramente geográficos: la de ciertos intereses económicos peculiares a una región, cuya realidad e importancia están claramente evidenciadas por un largo uso”<sup>159</sup>. En otras palabras, en este caso, la Corte fue flexible en cuanto a los elementos de la costumbre,

---

<sup>157</sup> Corte Internacional de Justicia, *Pesquerías* (Reino Unido c. Noruega), 1951 I.C.J. 116 (18 de diciembre), página 138.

<sup>158</sup> Corte Internacional de Justicia, *Pesquerías* (Reino Unido c. Noruega), 1951 I.C.J. 116 (18 de diciembre), página 133.

<sup>159</sup> Corte Internacional de Justicia, *Pesquerías* (Reino Unido c. Noruega), 1951 I.C.J. 116 (18 de diciembre), página 133.

porque tuvo en cuenta -entre otras cuestiones- la realidad económica de los pescadores noruegos, y la importancia de preservar sus medios de subsistencia.

Pero quizás el caso más famoso en el cual la Corte adoptó una postura explícitamente elástica respecto de la construcción de la costumbre internacional es el de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, de 1986. Allí la Corte entendió que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 resultaba aplicable al caso porque reflejaba “consideraciones elementales de humanidad”<sup>160</sup>. Y, luego, analizando la aplicabilidad de una norma consuetudinaria respecto del uso de la fuerza, pronunció uno de sus párrafos más reconocidos respecto de la costumbre internacional:

“No puede esperarse que en la práctica de los Estados la aplicación de las reglas en cuestión haya sido perfecta, en el sentido de que los Estados se deberían haber abstenido, con total consistencia, del uso de la fuerza o de la intervención en los asuntos internos de los demás. La Corte no considera que, para que una norma sea establecida como consuetudinaria, la práctica correspondiente deba estar en conformidad absolutamente rigurosa con la regla. Para deducir la existencia de reglas consuetudinarias, la Corte considera suficiente que la conducta de los Estados sea, en general, consistente con esas reglas, y que las instancias de conducta inconsistente con una regla determinada hayan sido reconocidas como violaciones de esa regla, y no como indicaciones del reconocimiento de una nueva regla...”<sup>161</sup>

Lo sorprendente -particularmente a la luz de la opción terminológica de aproximaciones “tradicional” y “moderna”- es que la oscilación del tribunal entre estos dos polos metodológicos no responde a cierta evolución en su jurisprudencia durante un cierto período de tiempo, sino que es constante en la historia de sus decisiones<sup>162</sup>. Prueba de ello es que el caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte* es 18 años posterior al de las *Pesquerías Anglo-Noruegas*. Y no hace falta remontarse tan atrás en el tiempo: en los últimos años, la Corte también ha oscilado en este respecto. Por ejemplo, años después de citar “consideraciones elementales de humanidad” como base para la

---

<sup>160</sup> Corte Internacional de Justicia, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), 1986 I.C.J. 14 (27 de junio), párrafo 218.

<sup>161</sup> Corte Internacional de Justicia, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), 1986 I.C.J. 14 (27 de junio), párrafo 186.

<sup>162</sup> Dice Alberto Álvarez-Jiménez sobre la jurisprudencia en materia de costumbre de la CIJ en el período 2000-2009: “Las cuestiones más importantes fueron aquellas que no ocurrieron: la aproximación flexible deductiva no fue particularmente importante (...). No obstante, hay algunos eventos para destacar: la re-emergencia de la aproximación estricta inductiva y la identificación de métodos no tradicionales que, pese a ser todavía marginales, pueden permanecer como herramientas para justificar decisiones en los años venideros” (ÁLVAREZ-JIMÉNEZ, 2011, p. 711).

existencia de costumbre en *Nicaragua*, la Corte recientemente se negó a aplicar ese estándar en dos casos sobre la costumbre en materia de inmunidad y sus excepciones en los que esa sensibilidad hacia los derechos humanos hubiera sido clave<sup>163</sup>.

En suma, como sostienen Boyle y Chinkin, “incluso un breve examen de la forma en que la Corte ha examinado el derecho internacional consuetudinario (...) muestra que la Corte no ha sido consistente en aplicar sus propios criterios para la determinación de la costumbre internacional”<sup>164</sup>. Por el contrario, la CIJ ha oscilado entre lo que se ha clasificado como dos grandes aproximaciones a la costumbre, sin que ningún elemento más que la voluntad de los jueces permita asignar un caso a uno u otro grupo.

El segundo problema, quizás incluso más grave que el primero, (ii) es directamente la falta de sustento de ciertas decisiones de la CIJ en lo que refiere a la identificación de la costumbre internacional<sup>165</sup>. “En la mayor parte de los casos”, sostiene Stefan Talmon,

---

<sup>163</sup> El primero es un caso del año 2002. Bélgica había emitido una orden de arresto internacional en contra del entonces Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo, por graves violaciones a los derechos humanos. La Corte, luego de examinar la práctica de los Estados, incluida la legislación nacional y las pocas decisiones de los tribunales nacionales superiores y las normas relativas a la inmunidad o responsabilidad penal individual de las personas que cumplen funciones oficiales contenidas en los instrumentos que crearon tribunales penales internacionales, dejó de lado las importantes consideraciones relacionadas con que se trataba de un sospechoso de haber cometido crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, y afirmó que de esas prácticas no era posible deducir la existencia, en el derecho internacional consuetudinario, de alguna excepción a la regla de la inmunidad personal de los Ministros de Relaciones Exteriores Véase Corte Internacional de Justicia, *Orden de Arresto del 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), 2002 I.C.J. 3 (14 de febrero), párrafo 58.

El otro caso es de 2012. Alemania había demandado a Italia por dar curso en sus tribunales a distintas acciones civiles dirigidas a obtener reparaciones por los daños ocasionados durante la Segunda Guerra Mundial por el Reich alemán. Alemania alegó, además, que Italia también había violado su inmunidad al adoptar medidas sobre una propiedad alemana situada en territorio italiano y que había violado su inmunidad de jurisdicción al admitir la ejecución, en Italia, de sentencias de tribunales civiles griegos dictadas contra Alemania por actos similares a aquéllos. Para resolver, la Corte nuevamente apeló a una exigente indagación en la práctica de los Estados, contemplando, entre otros asuntos, distintas sentencias, tanto de tribunales internacionales como locales, convenciones internacionales, en vigor y aún sin vigencia, y el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional. En su análisis, el tribunal adoptó nuevamente un criterio restrictivo, y tampoco encontró una excepción a los principios de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados. Véase Corte Internacional de Justicia, *Inmunidad de Jurisdicción* (Alemania c. Italia, Grecia interviniendo), 2012 I.C.J. 99 (3 de febrero).

<sup>164</sup> BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 179.

<sup>165</sup> En un reciente estudio, Stephen Choi y Mitu Gulati analizaron 175 decisiones de tribunales internacionales (principalmente de la CIJ, pero también de otros) en las que se discutía la existencia de una costumbre internacional. Los resultados fueron contundentes: “Los datos sugieren que los tribunales internacionales no están ni siquiera cerca de llevar a cabo el tipo de análisis de dos partes [(práctica y *opinio juris*)] que establece la regla oficial” (CHOI & GULATI, 2016, pp. 146–147). A una conclusión similar llegó Mark Weisburd, luego de estudiar en detalle 27 casos en los que la Corte analizó la práctica de los Estados: “[e]s claro que lo que la Corte no ha estado haciendo en estos casos de costumbre internacional es basar sus decisiones en una descripción cuidadosa de la práctica estatal” (WEISBURD, 2010, p. 352).

“la Corte no ofrece ningún razonamiento (ni inductivo, ni deductivo), sino que simplemente afirma el derecho tal como lo considera conveniente”<sup>166</sup>. Alain Pellet sugiere que, a diferencia de la CDI -que es un poco más cuidadosa-, la Corte “tiene una tendencia marcada a afirmar, más que a probar, la existencia de una regla consuetudinaria”<sup>167</sup>. Daniel Bodansky usa una expresión latina para formular la misma idea: en muchos casos de costumbre, la Corte simplemente decide “*ex cathedra*”<sup>168</sup>.

La falta de argumentación de la Corte en ciertos casos es tan evidente que ha sido reconocida por el propio informe del Relator Wood a la Comisión de Derecho Internacional. Wood aborda el punto con una naturalidad llamativa, y sugiere que solo los casos en que la Corte sí realiza el análisis son útiles para descifrar su método de identificación de la costumbre:

“[P]uede decirse que hay dos grandes aproximaciones a la identificación de reglas particulares de costumbre internacional en la jurisprudencia de la Corte. En algunos casos la Corte encuentra que una regla de costumbre existe (o no existe) sin un análisis detallado. (...) En otros casos la Corte realiza un análisis más detallado de la práctica y *opinio juris* para determinar la existencia o inexistencia de una norma de costumbre internacional. (...) Son estos últimos casos los que son útiles para ilustrar la aproximación de la Corte a la formación y prueba de la costumbre internacional”<sup>169</sup>.

Lo que Wood omite, por supuesto, es que en los casos del primer tipo la Corte también identifica costumbre, y que un método que contemple solo los del segundo tipo

---

<sup>166</sup> TALMON, 2015a, p. 434. Patrick Kelly sostiene lo mismo con respecto al elemento subjetivo, específicamente: “Incluso la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en la mayor parte de los casos, declara reglas de derecho sin investigar la posición de los Estados sobre la naturaleza jurídica de una regla consuetudinaria, y sin llevar a cabo una investigación de la práctica real de la mayoría de los Estados. En las muy pocas ocasiones en que la CIJ ha requerido prueba directa de la *opinio juris*, la Corte ha encontrado que esta evidencia no era adecuada” (KELLY, 2000, p. 469). Eyal Benvenisti argumenta que en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, la Corte inventó una costumbre internacional en materia de recursos transfronterizos a través de una “afirmación sin apoyo alguno”. Según él, es habitual que los tribunales “hagan trampa e inventen lo que llaman costumbre”, pero esto está justificado porque contribuye a la eficiencia del sistema jurídico internacional (BENVENISTI, 2004, pp. 85–86).

<sup>167</sup> PELLET, 2010, p. 1076.

<sup>168</sup> BODANSKY, 2014, p. 180. Véase también TALMON, 2015a, p. 437. Gleider Hernández sostiene que “es cierto que la metodología adoptada por la Corte en relación a la costumbre ha ocultado su argumento de autoridad: pese a la insistencia doctrinal de la Corte en la práctica de los Estados y la *opinio juris*, rara vez refiere a estos elementos en sus decisiones” (HERNÁNDEZ, 2014b, p. 91).

<sup>169</sup> Comisión de Derecho Internacional, Primer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial, U.N. Doc. A/CN.4/663 (17 de mayo de 2013), párrafo 62.

no se ajusta a la práctica real del tribunal<sup>170</sup>. Si la Corte, como sostiene Rudolf Geiger, ni siquiera “sigue su propio método de identificación de costumbre”<sup>171</sup>, difícilmente se pueda considerar a eso un verdadero *método* que pueda ser seguido por el resto de los actores del sistema<sup>172</sup>.

En una conferencia dada en 2012 y luego publicada como capítulo de un libro, el entonces presidente de la Corte Internacional de Justicia, Peter Tomka, defendió esta aproximación de la Corte a la costumbre internacional:

“[Los autores que señalan estas oscilaciones en la jurisprudencia del tribunal] están en lo correcto al subrayar el uso prevalente de la afirmación de reglas por parte de la Corte en su práctica moderna, aunque empujan el punto demasiado al insistir en teorizar este desarrollo. En realidad, la Corte nunca ha abandonado su posición, firmemente asentada en las palabras del Estatuto, de que la costumbre es ‘práctica general aceptada como derecho’ – esto es, en las palabras de un caso reciente, que ‘la existencia de una regla de derecho internacional consuetudinario requiere que haya una práctica establecida, junto con *opinio juris*’. *No obstante, en la práctica, la Corte nunca ha considerado necesario realizar tal indagación para cada regla que se proclama como consuetudinaria en cada caso*

---

<sup>170</sup> En un artículo con Omri Sender, Wood aclara este punto: “A diferencia de la inducción y la deducción, la aseveración evidentemente *no* es una metodología para determinar la existencia de una regla de derecho internacional consuetudinario. Es esencialmente una forma de redactar una decisión, una forma de afirmar una conclusión familiar para los abogados que trabajan en ciertos sistemas nacionales” (SENDER & WOOD, 2015). Como punto descriptivo, esto es totalmente cierto. Lo notable son las consecuencias normativas de esta práctica, que Wood omite considerar. Como dice Talmon, Wood y Sender “están, por supuesto, en lo correcto en cuanto a que la aseveración ‘no es una metodología’ (algo que nadie afirmó), pero sí puede ser un ‘método’ -es decir, ‘una forma o manera’- para determinar la existencia de reglas de costumbre internacional. Lo que los autores llaman una aproximación ‘pragmática’, es decir, la confianza en ‘las posiciones expresadas por los Estados y órganos como la Comisión de Derecho Internacional’ o el uso de ‘reglas que están claramente formuladas en una expresión escrita’ no es otra cosa, en mi opinión, que puro artificio” (TALMON, 2015b).

<sup>171</sup> GEIGER, 2011, p. 692. Según Geiger, el tribunal “no produce evidencia puntual de que las reglas de costumbre estén basadas en *opinio juris* y práctica generalizada. Aunque la Corte sigue enfatizando que ambos elementos son indispensables, ella misma no sigue sus propios preceptos”.

<sup>172</sup> En una respuesta al artículo de Stefan Talmon, Michael Wood -escribiendo junto a Omri Sender- vuelve sobre este punto y sostiene que, aun cuando la Corte no la siga, *ha establecido* una metodología: “Una metodología coherente aparece en estos (individualmente, y aún más en conjunto), incluso en el caso de que no todas las preguntas relacionadas hayan sido consideradas. Una cosa es afirmar, como han hecho algunos, que la Corte no adhiere consistentemente a su metodología manifiesta; es una cosa completamente distinta sostener, como hace el profesor Talmon, que la Corte ‘rara vez ha afirmado’ esa metodología” (SENDER & WOOD, 2015). El punto parece ser más semántico que sustantivo: sea como sea que se llame, lo cierto es que no hay nada de “coherente” en la práctica de la CIJ, aun cuando la metodología descripta explícitamente por la Corte sí lo sea. En palabras de Talmon, en su respuesta a Wood y Sender: “El hecho de que la CIJ se llene la boca con los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional no dice nada acerca del método que efectivamente utiliza para determinar la existencia de reglas de derecho internacional consuetudinario. Como muestra la jurisprudencia, la CIJ no cumple con su deber autoproclamado de probar la existencia de costumbre produciendo evidencia de práctica generalizada y consistente, y de *opinio juris*” (TALMON, 2015b).

*específico*, sino que ha hecho uso de la mejor y más útil evidencia disponible para determinar si una regla de costumbre de este tipo efectivamente existe. A veces esto implica una revisión directa de los elementos materiales de la costumbre en sí mismos, pero frecuentemente bastará con mirar las posiciones expresadas por los Estados y por órganos como la Comisión de Derecho Internacional con respecto a si una regla de costumbre existe y cuál es su contenido, o al menos utilizar reglas que hayan sido formuladas claramente por escrito como punto focal para enmarcar y guiar una indagación en los elementos materiales de la costumbre”<sup>173</sup>.

Lo sorprendente de la afirmación de Tomka, al igual que la anterior de Wood, no es solo la naturalidad con la que sostiene que la Corte no necesita fundamentar cuidadosamente todas sus determinaciones de costumbre internacional, sino el hecho de que lo hace reafirmando la regla tradicional, estricta, según la cual las normas consuetudinarias solo pueden ser probadas a partir del estudio empírico y detallado de ambos elementos materiales (práctica y *opinio juris*). En otras palabras, Tomka afirma que se debe hacer X, pero luego, inmediatamente, sostiene que la Corte hace Z, porque dice que X sería poco práctico para su operación cotidiana. Tomka, además, sugiere no teorizar demasiado la cuestión, aun cuando la práctica sea -a todas luces- incapaz de resolver el problema, porque es precisamente la práctica la que constituye un obstáculo para que la Corte haga lo que ella misma dice que tiene que hacer.

En suma, la metodología de la Corte Internacional de Justicia para la identificación de normas de costumbre internacional ha sido bastante problemática, y no le otorga a nuestra intérprete una guía muy clara acerca de cómo resolver las indeterminaciones en cuanto a normas consuetudinarias. Si bien el tribunal ha establecido una serie de estándares, ha oscilado bastante explícitamente en su aproximación a ellos, e incluso, en numerosos casos, ha resuelto la cuestión sin dar demasiadas explicaciones al respecto. La próxima sección estudiará si el intento del Relator Especial Wood y la CDI de identificar un método más claro a partir de estos precedentes tuvo algún éxito, o si estos problemas también se extienden a su trabajo.

#### 2.1.2. Los informes de la Comisión de Derecho Internacional sobre identificación de normas de derecho internacional consuetudinario

La Comisión de Derecho Internacional, un órgano de Naciones Unidas compuesto por 34 miembros independientes de reconocida competencia en derecho internacional, ha

---

<sup>173</sup> TOMKA, 2013, p. 29, énfasis añadido por mí.



asumido recientemente la tarea de darle sentido a la jurisprudencia de la Corte<sup>174</sup> y de “ofrecer cierta guía a aquellos que deben aplicar reglas de costumbre internacional acerca de cómo identificar dichas reglas en casos concretos”<sup>175</sup>. Parecería que este es, entonces, el lugar donde nuestra intérprete encontrará la forma de trabajar con las reglas de costumbre para superar las indeterminaciones de las normas y entender los derechos y obligaciones que de ellas se derivan.

El trabajo se inició en 2012, con la designación de Sir Michael Wood como Relator Especial. Además de una serie de informes recopilando los estándares presentes en la jurisprudencia, Wood presentó una propuesta de 11 “conclusiones” delineando “la manera en que han de determinarse la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario”<sup>176</sup>. Luego de recibir comentarios de los Estados, y de una discusión entre los miembros, el Comité de Redacción de la Comisión expandió el

---

<sup>174</sup> En realidad, la CDI se apoya en otras fuentes materiales además de la jurisprudencia de la CIJ, pero es indudable la centralidad que esta tiene para el análisis. Como reconoce Wood, “[l]a jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, será de gran importancia para la labor de la Comisión sobre el presente tema. La función primordial de la Corte en lo que respecta al derecho internacional consuetudinario consiste en identificar y aplicar normas consuetudinarias en la medida en que ello sea necesario para decidir las causas que le son sometidas. Sus fallos (incluidas las opiniones disidentes y discrepantes) han sido muy esclarecedores en cuanto al enfoque general de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario (cuando lo que “es” se convierte en lo que “debe ser”), y han arrojado luz incluso sobre aspectos concretos de esos procesos” (Comisión de Derecho Internacional, *Primer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/663 (17 de mayo de 2013), párrafo 54). Junto con Omri Sender, Wood afirma que “el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en el tópico de la identificación de la costumbre internacional muestra, más aún, que mucho puede ser deducido (...) de una lectura cuidadosa de las sentencias y opiniones consultivas de la CIJ (y la CPIJ)” (SENDER & WOOD, 2015). Christian Tams, en tanto, explica que “solo en muy pocos campos (entre ellos quizás el derecho de la protección diplomática) la influencia de la Corte ha sido tan dominante como en relación al régimen de la costumbre internacional. Típicamente, la Corte actúa junto a otras agencias de desarrollo jurídico (es decir, enfrenta competencia); muchas veces tiene un campo limitado de maniobra dado que el derecho escrito es detallado; o no tiene oportunidad de desarrollar el derecho dado que le llegan pocos casos en un área determinada. No obstante, cuando se trata del régimen de ‘meta-costumbre’, la Corte tiene mucho espacio – precisamente porque ha habido tan poca actividad de creación de derecho coordinada. (...) Por lo tanto, no debería ser sorpresivo que el trabajo de la CDI -así como análisis influyentes, como el de Thirlway- se apoyen esencialmente en las decisiones judiciales y pretendan integrarlas en una exposición sistemática. Un análisis de la contribución de la Corte al meta-derecho de la costumbre puede ser descrito como un estudio en creación de derecho por parte de los tribunales internacionales” (TAMS, 2015, pp. 54–55).

<sup>175</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Primer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/663 (17 de mayo de 2013), párrafo 14.

<sup>176</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción*, U.N. Doc. A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyecto de conclusión 1.

proyecto de conclusiones a 16 y las aprobó provisionalmente<sup>177</sup>. El tema actualmente sigue bajo estudio de la CDI.

El proyecto reafirma el enfoque de los dos elementos constitutivos (práctica y *opinio juris*)<sup>178</sup> y establece que, al valorar su presencia, “hay que tener en cuenta el contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias propias de cada uno de esos medios”<sup>179</sup>. Luego, identifica estándares específicos para cada uno de los elementos. Respecto de la práctica, por ejemplo, dice que debe tenerse en cuenta “principalmente” la de los Estados<sup>180</sup>, y que “ha de ser general, es decir, suficientemente extendida y representativa, además de constante”<sup>181</sup>. Respecto de la *opinio juris*, sostiene que esta debe permitir distinguir la práctica consuetudinaria “del simple uso o el simple hábito”<sup>182</sup>. Además, identifica una serie de fuentes materiales que pueden ser usadas para probar la aceptación como derecho, tales como declaraciones públicas de funcionarios, o

---

<sup>177</sup> Comisión de Derecho Internacional, Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, U.N. Doc. A/CN.4/L.869 (15 de julio de 2015); Comisión de Derecho Internacional, Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, U.N. Doc. A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016).

<sup>178</sup> “Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general que es aceptada como derecho (*opinio juris*).” Comisión de Derecho Internacional, *Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción*, U.N. Doc. A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyecto de conclusión 2

<sup>179</sup> Comisión de Derecho Internacional, Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, U.N. Doc. A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyecto de conclusión 3

<sup>180</sup> El proyecto 4.1 afirma que “El requisito de una práctica general, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, significa que es principalmente la práctica de los Estados la que contribuye a la formación o la expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario”. Esto parecería abrir las puertas a que la práctica de otros sujetos (grupos armados, ONGs, etc.) podría llegar a tener un rol en la identificación de la costumbre internacional. No obstante, los proyectos 4.2 y 4.3 parecen limitar esta interpretación, al indicar que “En algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario” y que “El comportamiento de otros actores no constituye una práctica que contribuya a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario, pero puede ser pertinente al valorar la práctica a que se refieren los párrafos 1 y 2.” Comisión de Derecho Internacional, *Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción*, U.N. Doc. A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyecto de conclusión 4.

<sup>181</sup> “No se requiere que la práctica tenga una duración concreta, siempre que sea general”. Comisión de Derecho Internacional, Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, U.N. Doc. A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyecto de conclusión 8.

<sup>182</sup> Comisión de Derecho Internacional, Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, U.N. Doc. A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyecto de conclusión 9.

decisiones de cortes domésticas<sup>183</sup>. Finalmente, el proyecto establece algunos criterios respecto de la interacción de la costumbre con otras fuentes del derecho internacional<sup>184</sup>, reconoce la posibilidad de la objeción persistente<sup>185</sup>, y regula la identificación de costumbres particulares o regionales<sup>186</sup>.

El resultado es una serie de instrucciones que, como sugiere Stefan Talmon, “dan la impresión de que la determinación de la existencia y el contenido de las normas de costumbre internacional es una ciencia exacta”<sup>187</sup>. El problema es que, al igual que en el caso de la interpretación de tratados, las reglas de la CDI tienen sus propios defectos, que terminan alejando el proceso de ese ideal “científico” y convirtiendo la interpretación del derecho, una vez más, en un “arte”.

Dos puntos son particularmente problemáticos de las conclusiones de la CDI. El primero, ya sugerido en la sección anterior, es que (i) la Comisión admite como válido un método que es desestimado una y otra vez, en la práctica, por los actores centrales de la disciplina. Si bien la Corte Internacional de Justicia afirma, en abstracto, que la práctica y la *opinio juris* son requisitos constitutivos de la costumbre, en la mayor parte de los casos -como se vio en la sección anterior- simplemente afirma que existe (o no) una regla consuetudinaria sin argumentar o probar la existencia de uno u otro elemento<sup>188</sup>.

---

<sup>183</sup> Comisión de Derecho Internacional, Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, U.N. Doc. A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyecto de conclusión 10.

<sup>184</sup> Comisión de Derecho Internacional, Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, U.N. Doc. A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyectos de conclusión 11-14.

<sup>185</sup> “Cuando un Estado haya objetado a una norma de derecho internacional consuetudinario mientras esta se encontraba en proceso de formación, esa norma no será oponible a ese Estado siempre que mantenga su objeción”. Comisión de Derecho Internacional, *Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción*, U.N. Doc. A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyecto de conclusión 15.

<sup>186</sup> Comisión de Derecho Internacional, Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, U.N. Doc. A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyecto de conclusión 16.

<sup>187</sup> “Parecería que la CDI ha desarrollado una pequeña máquina en la que los dos elementos de ‘práctica generalizada’ y ‘*opinio juris*’ son integradas de acuerdo con la receta contenida en el libro de cocina de la CDI con el título ‘Conclusiones sobre la Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario’ y uno obtiene reglas de costumbre internacional” (TALMON, 2015b).

<sup>188</sup> Véase la sección I.2.1.1 de este capítulo. Algo similar ocurre con otros actores. “La International Law Association (ILA), por ejemplo”, dice Daniel Bodansky, “solo citó siete ejemplos de práctica estatal en apoyo a su conclusión de que existe un derecho de informar respecto del daño ambiental transfronterizo” (BODANSKY, 2014, p. 180). E incluso la propia Comisión de Derecho Internacional, pese a realizar análisis

Algunos han sugerido que este quiebre entre la práctica real y las reglas clásicas codificadas por la CDI se debe a que estas últimas simplemente exigen demasiado: requieren una profundidad de investigación que es sencillamente imposible de llevar a cabo<sup>189</sup>. Según el proyecto de conclusiones de la CDI, nuestra intérprete debería considerar todas las acciones (materiales y verbales), pero también la inacción, de los poderes ejecutivos, legislativos, y judiciales (“o de otra índole”<sup>190</sup>) de los casi 200 Estados del mundo, sumada a la práctica de las organizaciones internacionales. Luego, debería analizar “las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados; las publicaciones oficiales; los dictámenes jurídicos gubernamentales; la correspondencia diplomática; las decisiones de los tribunales y cortes nacionales; las disposiciones de los tratados; y el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental”<sup>191</sup> de todos esos Estados de modo de determinar si la práctica antes identificada fue realizada como un simple uso o hábito, o con conciencia de obligatoriedad. También debe considerar la falta de reacción (de los casi 200 Estados) respecto de la práctica, puesto que esta “puede servir de prueba de la aceptación como derecho (*opinio juris*), siempre que los Estados estuvieran en condiciones de reaccionar y que las circunstancias exigiesen una reacción”<sup>192</sup>. Y todo ello debe hacerse sin un punto de partida de principios, que guíe la indagación, sino con una

---

bastante exhaustivos, es bastante deficiente en sus estudios de identificación de normas consuetudinarias, si se los mide a la luz de los exigentes estándares propuestos en el proyecto de conclusiones de Wood.

<sup>189</sup> BODANSKY, 2014, p. 179 (“si nos tomamos seriamente la ‘historia oficial del derecho internacional consuetudinario, resumida extremadamente bien en el informe de Sir Michael Wood, creo entonces que la mayor parte de los esfuerzos de identificar derecho internacional consuetudinario terminarán, como el mío, en fracasos”); TAMS, 2015, p. 66 (“Si la costumbre debe estar basada en una práctica extensa de los Estados acompañada por un sentido de obligación jurídica, se vuelve muy difícil de determinar. El problema es bastante evidente: aun cuando no se haga un recuento detallado, ¿cómo se puede determinar la práctica extendida en un mundo de 200 Estados?”).

Además del problema de la cantidad de Estados, algunos autores anotan que existe un problema en cuanto a la disponibilidad de los materiales necesarios para ese análisis. Véase al respecto, por ejemplo, BODANSKY, 2014, pp. 179–180; PETERSEN, 2017, p. 277; TAMS, 2015, p. 66.

<sup>190</sup> Comisión de Derecho Internacional, Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, U.N. Doc. A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyecto de conclusión 5.

<sup>191</sup> Comisión de Derecho Internacional, Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, U.N. Doc. A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyecto de conclusión 10.2.

<sup>192</sup> Comisión de Derecho Internacional, Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, U.N. Doc. A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyecto de conclusión 10.3.

lógica puramente inductiva, en la que la única pauta de la investigación -y lo único que cuenta- es el material empírico recolectado. Como concluye Daniel Bodansky, “estos requisitos probatorios son sencillamente demasiado altos para poder ser satisfechos en el mundo real. Inducir las reglas de costumbre internacional de la práctica de los Estados sería una tarea hercúlea – y una tarea, ya que estamos, más propia de un científico social experto en indagaciones empíricas que de un abogado”<sup>193</sup>.

El segundo problema, apuntado por Stefan Talmon, es que (ii) las reglas establecidas por la CDI tienen ellas mismas -una vez más- un alto grado de indeterminación. En otras palabras, las reglas son insuficientes para resolver adecuadamente disputas interpretativas respecto de la costumbre internacional. Por un lado, la CDI no explica qué hacer en situaciones en que “la práctica estatal no existe o es precaria, o es inconsistente, o es demasiado dispar, y por lo tanto no conclusiva; o en que la *opinio juris* de los Estados no se puede establecer; o en las que hay una discrepancia entre práctica y *opinio juris*”<sup>194</sup>. Una opción sería simplemente desistir de hallar costumbre allí, pero la realidad es que “la CIJ ha encontrado normas consuetudinarias en situaciones de este tipo”<sup>195</sup>, como prueban los casos de las *Pesquerías Noruegas* o de *Nicaragua* reseñados anteriormente. Por otro lado, “no hay nada en las conclusiones que se refiera a la subjetividad y selectividad de los Estados en sus análisis de la práctica y la *opinio juris*”<sup>196</sup>. Parecería que distintos intérpretes pueden sacar distintas conclusiones aplicando las mismas reglas, y que no hay nada que se pueda hacer al respecto. En otras palabras, el proyecto de la CDI no contiene ningún principio unívoco que permita resolver si existe o no costumbre cuando -como ocurre en la mayor parte de los casos- el material empírico es ambiguo, es decir, cuando está en la frontera de los estándares establecidos en la jurisprudencia. La única solución propuesta por la Comisión a las posibles indeterminaciones del material empírico es insistir con más indagación empírica, hasta que los elementos mismos en algún momento se aclaren y resuelvan el dilema.

En suma, el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional es una herramienta útil para dilucidar los estándares aplicables en lo que respecta a la

---

<sup>193</sup> BODANSKY, 2014, p. 179

<sup>194</sup> TALMON, 2015b.

<sup>195</sup> TALMON, 2015b.

<sup>196</sup> TALMON, 2015b.

identificación de la costumbre internacional, pero es insuficiente como método interpretativo porque, primero, es demasiado exigente, y segundo, no prevé herramientas para resolver las indeterminaciones que pueden llegar a presentarse a partir de la indagación empírica.

## **2.2. Conclusión: las aproximaciones clásicas a la costumbre internacional y el hecho del desacuerdo**

Los mecanismos clásicos de identificación e interpretación de las normas de costumbre internacional -aquellos defendidos por la CIJ y por el proyecto de la CDI- son, entonces, bastante deficientes para orientar a los operadores jurídicos en su práctica cotidiana. La práctica interpretativa tiene, al menos en apariencia, notables inconsistencias; el método requiere esfuerzos hercúleos, imposibles de llevar a cabo en la práctica; y las reglas son indeterminadas, carecen de principios generales que permitan resolver controversias interpretativas respecto de la aplicación de los estándares.

Ante este panorama, se pueden divisar tres tipos de reacciones por parte de las y los académicos y operadores jurídicos internacionalistas. La primera, (i) que podríamos llamar “la reacción del avestruz”, consiste en negar estos problemas y seguir insistiendo en la metodología clásica, como si esta fuera verdaderamente suficiente para resolver los problemas interpretativos que se pudieran suscitar. Sender y Wood sostienen que “muchas de estas controversias son, en fin, teóricas. No se han interpuesto en el camino de tribunales, practicantes y autores en su tarea de regularmente identificar y aplicar costumbre internacional: el tormento académico que ha acompañado en los libros a esta fuente de derecho no ha impedido su acción”<sup>197</sup>.

Es posible identificar al menos dos problemas de esta posición. El primero es que no es cierto que los distintos operadores estén identificando realmente la costumbre según este método. Como vimos, la mayoría no sigue verdaderamente los pasos que propone el Relator Wood, porque ellos los llevan a callejones sin salida. El segundo problema, quizás más grave, es que las inconsistencias de los tribunales, la supererogatoriedad del mecanismo de indagación empírica, y la indeterminación del método interpretativo tienen altos costos en términos de estado de derecho y generan un campo fértil para la arbitrariedad. El argumento de Sender y Wood supone que el único estándar para evaluar el método es si los operadores jurídicos pueden, usándolo, llegar a alguna conclusión.

---

<sup>197</sup> SENDER & WOOD, 2017, p. 299.

Como vimos, los tribunales llegan a conclusiones con respecto a la costumbre, es cierto, pero lo que no hacen es usar este método para alcanzar estas definiciones.

La segunda reacción ante estas inconsistencias, (ii) ha sido sostener que la costumbre es una fuente radicalmente indeterminada, es decir, que su identificación es simplemente “una cuestión de gustos”<sup>198</sup>. Así, hay quienes afirman que “la argumentación jurídica moderna carece de un concepto determinado y coherente de costumbre. Se puede argumentar que cualquier cosa está incluida en la costumbre y que cualquier cosa está excluida de ella”<sup>199</sup>. El problema es que sencillamente no es cierto que “cualquier cosa” pueda ser descripta como costumbre internacional por los operadores jurídicos. La propia definición de costumbre internacional y los estándares desarrollados en la jurisprudencia y la práctica de la disciplina durante años impiden a los operadores jurídicos incluir o excluir ciertas situaciones en la costumbre internacional. Por ejemplo, por más avezado que sea un abogado, difícilmente pueda probar que existe una costumbre internacional por la cual un Estado puede atacar militarmente a otro en busca de recursos naturales. Es simplemente imposible construir ese argumento respetando los lineamientos mínimos de la teoría de la costumbre internacional. Del mismo modo, será difícil negar que existe una costumbre internacional estableciendo inmunidades para jefas y jefes de Estado. Se podrá discutir, después, cuáles son los contornos de esa inmunidad, y cuáles son las potenciales excepciones, pero no que dicha costumbre existe<sup>200</sup>.

La tercera salida frente a estos problemas es la que intentaré defender en el próximo capítulo. La idea, compartida a grandes rasgos por una parte de la literatura<sup>201</sup>, es que (iii) en la práctica cotidiana de identificación de la costumbre internacional hay en operación otros mecanismos que ni la CIJ ni la CDI explicitan en sus razonamientos. Para identificar estos mecanismos, no obstante, es necesaria una reflexión teórica más profunda respecto del derecho internacional, y del derecho en general. A eso estará dedicado el próximo capítulo.

---

<sup>198</sup> KELLY, 2000, p. 451.

<sup>199</sup> KOSKENNIEMI, 2005, p. 409.

<sup>200</sup> Para una discusión más detallada con la teoría de Koskenniemi, véase el próximo capítulo.

<sup>201</sup> Con diferentes propuestas, los siguientes autores, entre otros, han intentado releer los estándares en materia de identificación de costumbre a otra luz teórica: BODANSKY, 2014, 2014; CHOI & GULATI, 2016; H. G. COHEN, 2015; FIDLER, 1996; GEIGER, 2011; KIRGIS, 1987; KOLB, 2003; LEPARD, 2012; PETERS, 2013, p. 550; PETERSEN, 2017; SCHLÜTTER, 2010; TALMON, 2015a; TAMS, 2015; TASIOULAS, 1996, 2009.

### 3. ¿REGLAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE OTRAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL?

Antes de abandonar las “aproximaciones clásicas” y pasar al estudio de perspectivas que sí reconocen la posibilidad del desacuerdo teórico en derecho internacional, quiero referirme muy brevemente a los mecanismos de interpretación de otras fuentes de derecho internacional – o, más bien, a su notable inexistencia.

Estas “otras” fuentes del derecho internacional pueden ser clasificadas en dos grupos. Por un lado, (i) está la tercera fuente reconocida formalmente por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia -además de los tratados y la costumbre-, aunque bastante abandonada por la práctica de la disciplina<sup>202</sup>: los “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”<sup>203</sup>. Me referiré en mayor detalle a esta fuente y sus métodos interpretativos en el capítulo 6, pero a los fines de la discusión de este capítulo vale la pena mencionar que los métodos clásicos de interpretación de los principios no están exentos de indeterminaciones. El problema en el caso de los principios generales es que “los abogados internacionalistas nunca han alcanzado un acuerdo sobre su definición”<sup>204</sup>. Desde su propia incorporación al Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en la década de 1920, existe una disputa respecto de su condición: mientras que algunos los equiparan al “derecho fundamental de la justicia y la injusticia”<sup>205</sup>, otros enfatizan la diferencia entre el derecho natural y los principios generales, y sostienen que estos últimos son solamente “aquellos que fueron aceptados por todas las naciones *in foro domestico*”<sup>206</sup>. Volveré con más detalle a los principios generales más adelante, pero el punto que quiero adelantar aquí es que, una vez más, ni el texto del artículo 38, ni la práctica predominante de la disciplina proveen herramientas para resolver adecuadamente las indeterminaciones que pudieran surgir de las fuentes del derecho internacional.

Por otro lado, (ii) aun cuando no estén contenidas en el artículo 38 del Estatuto, los operadores jurídicos de la disciplina le han reconocido creciente normatividad a una serie

---

<sup>202</sup> Véase al respecto, por ejemplo, BARBERIS, 1991, p. 21; FRIEDMANN, 1963, p. 280; KLABBERS, 2010, p. 714; KOLB, 2006b, p. 36; PELLET, 2012, p. 338.

<sup>203</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.c.

<sup>204</sup> PELLET, 2012, p. 754.

<sup>205</sup> PELLET, 2012, p. 833.

<sup>206</sup> PELLET, 2012, p. 836.



de fuentes que tradicionalmente se agrupa bajo el título de “derecho blando” o *soft law*<sup>207</sup>. Se suele incluir dentro de esta categoría las “resoluciones de organizaciones internacionales, programas de acción, textos de tratados aún no vigentes o no vinculantes para un actor determinado, declaraciones interpretativas a convenciones internacionales, recomendaciones e informes adoptados por agencias internacionales o en conferencias internacionales, así como otros instrumentos y acuerdos similares usados en relaciones internacionales para expresar compromisos”<sup>208</sup>. En todos estos casos, y dada la tenue juridicidad de cada uno de estos instrumentos, la disciplina no ha desarrollado mecanismos unívocos de interpretación, quedando esta sujeta a la discrecionalidad de cada operador jurídico. Como en esta tesis restringiré mi argumento a las tres fuentes formales del derecho internacional<sup>209</sup> -es decir, argumentaré la existencia del derecho a la participación en base a tratados, costumbre y principios generales-, no voy a indagar en detalle en los problemas interpretativos del *soft law*. No obstante, basta aquí con mencionar que esta ausencia de reglas de interpretación, sin que exista un marco teórico más robusto, también deja a estas normas sujetas a las indeterminaciones comunes a las demás fuentes.

## **II. CONCLUSIÓN: LOS PROBLEMAS (O EL PROBLEMA) DE LAS APROXIMACIONES CLÁSICAS**

En las secciones precedentes intenté mostrar cómo la “perspectiva del hecho evidente” adoptada por cada una de las aproximaciones clásicas a la interpretación del derecho internacional genera problemas *prácticos*, es decir, deficiencias en la resolución de la indeterminación de las normas, y problemas *teóricos*, dificultades para capturar el punto de desacuerdo de muchas disputas interpretativas. En esta sección pretendo “tirar de los hilos” de estos problemas, y sugerir que ambos tipos de deficiencias están

---

<sup>207</sup> Sobre el *soft law* y los diversos grados de juridicidad, véase, por ejemplo, CHINKIN, 1989; GOLDMANN, 2010; KINGSBURY, 2009b; MERRY, 2014, 2015; THÜRER, 2009; WEIL, 1983.

<sup>208</sup> THÜRER, 2009.

<sup>209</sup> Esta decisión de restringir el argumento a las fuentes formales del derecho internacional se basa más en la ambición de construir un argumento universal -es decir, que vaya más allá de un régimen específico, como el derecho internacional ambiental, o el de los derechos humanos- que en un juicio explícito acerca del disvalor normativo del llamado *soft law*. Simplemente creo que sería difícil, en términos prácticos, construir un argumento respecto de un derecho general a la participación de la sociedad civil basándome exclusivamente en instrumentos de derecho blando. Sin perjuicio de ello, como será evidente en los capítulos 4 a 6, muchos de estos instrumentos son incorporados al argumento como instancias relevantes para la aparición de normas consuetudinarias, o como elementos relevantes en la interpretación de cláusulas de tratados.

conectados por un inconveniente que afecta de raíz a este tipo de miradas respecto de la interpretación del derecho.

El problema es que estas aproximaciones pretenden derivar una conclusión prescriptiva (“los sujetos del derecho internacional deben hacer X”) a partir de premisas exclusivamente descriptivas (por ejemplo, “los Estados han realizado de forma constante y generalizada la práctica X”, o “existe una convención social que le adscribe al término ‘asuntos públicos’ un sentido X”, o “la intención de los redactores de este tratado fue que los sujetos hicieran X”)<sup>210</sup>. Hans Kelsen, siguiendo a David Hume, explicó hace cincuenta años que “de la circunstancia de que algo *es* no se puede seguir que algo *debe ser*; y de que algo *debe ser*, no se puede derivar que algo *es*. La razón para la validez de una norma”, entonces, concluyó Kelsen, “solamente puede ser la validez de otra norma”<sup>211</sup>. Esa otra norma, en el razonamiento de Kelsen, es una norma “superior”, que autoriza la creación de la norma “inferior” cuya validez estaba en juego. Pero entonces deberá haber

---

<sup>210</sup> Alguien podría responder a este argumento sosteniendo que una teoría de la interpretación del derecho no pretende enunciar juicios prescriptivos (del tipo “los sujetos deben hacer X”), sino que se contenta con enunciar juicios descriptivos (“el derecho sostiene X”) que eventualmente los propios sujetos deberán complementar con juicios morales (“corresponde cumplir con el derecho en tal o cual situación”) con los que decidan si efectivamente cumplir con el derecho o no (véase la reconstrucción de un argumento de este tipo, atribuido a Genaro Carrió, aunque en otro contexto, en NINO, 1985, p. 209). El principal problema de esta objeción es que este uso o concepto descriptivo de derecho no refleja fielmente los usos lingüísticos corrientes de abogados, jueces y otros operadores jurídicos. Cuando estas personas argumentan jurídicamente no lo hacen presuponiendo que el derecho no genera razón alguna para la acción, sino más bien todo lo contrario. La perspectiva interna del participante del sistema jurídico, que debe adoptar toda teoría de la interpretación, es entonces incompatible con estas miradas descriptivas, que son más propias de una perspectiva externa, de un observador del sistema jurídico (sobre este punto, véase la primera parte del próximo capítulo). “Solamente un concepto normativo de derecho”, como el que se adopta en el uso jurídico corriente, dice Carlos Nino, “permite explicar por qué, cuando se inquiere por la justificación de una decisión, el aludir a lo que el derecho estipula es generalmente aceptado como una respuesta suficiente, aunque pueda ser controvertible. Si, en cambio, tales proposiciones presupusieran un concepto descriptivo de derecho, ellas no expresarían nunca razones operativas para una decisión sino razones auxiliares, que tendrían que suplementarse con razones adicionales, de carácter operativo, para justificar un curso de acción. Sin embargo, cuando un juez dice, por ejemplo, ‘el derecho dispone tal cosa, por lo tanto, debo decidir concordantemente’, su razonamiento no es considerado generalmente entimemático (por descansar en una premisa oculta como el principio moral de que se debe hacer lo que el derecho dispone) ni es descalificado por incurrir en un *non sequitur*. Esto implica que la fuerza normativa que se transmite a la conclusión yace en la misma premisa que dice que el derecho dispone tal cosa (lo que requiere un concepto normativo de derecho)” (NINO, 1985, pp. 166–167). Para una respuesta más extensa a esta objeción, véase NINO, 1985, pp. 165–170. Véase también NINO, 1996, p. 27.

<sup>211</sup> KELSEN, 1967, p. 193. George Letsas explica, aplicando este razonamiento al derecho internacional, que George Letsas, “si nuestra pregunta es por qué un cierto hecho es relevante (por ejemplo, el texto del preámbulo), y respondemos citando otro hecho (por ejemplo, que está incluido en el tratado), entonces habrá una nueva pregunta acerca de qué es lo que hace que ese nuevo hecho sea relevante” (LETSAS, 2010, p. 534).

otra norma, aún más superior, que determine la validez de aquella que autoriza la creación de la inferior. Y así sucesivamente<sup>212</sup>.

Para evitar la regresión al infinito, es indispensable encontrar una prescripción no jurídica que le otorgue validez, en algún punto de la cadena, a una norma jurídica<sup>213</sup>. Para Kelsen, esta prescripción no jurídica es su famosa *Grundnorm*, una norma básica que autoriza a las normas inferiores, pero que no es autorizada por otras normas; su validez, a diferencia del resto, no se deriva, sino que se presupone<sup>214</sup>. Esta presuposición, entonces, es “normativa”, es decir, presenta una premisa estructurada en torno a un *deber ser* (“debemos presuponer que las normas son válidas”), y no a un *ser* (“las normas son válidas”). La *Grundnorm* de Kelsen no es la única forma de evitar la regresión infinita, sino que es solamente una entre tantas<sup>215</sup>. En cualquier caso, lo que todas las formulaciones tienen en común, inevitablemente -por la lógica que Kelsen deriva de Hume-, es una estructura normativa, un juicio de valor contenido en ellas, una proposición relacionada con el *deber ser*<sup>216</sup>.

Volvamos a las aproximaciones tradicionales a la interpretación del derecho internacional. Si el razonamiento de los párrafos precedentes tiene sentido, entonces el desacuerdo interpretativo respecto de una cierta norma de derecho internacional puede, como sugieren las aproximaciones tradicionales, estar ubicado efectivamente en la parte

---

<sup>212</sup> Véase Kelsen, 1967, pp. 193–195, y la explicación en Marmor, 2016. Para una aplicación de estas ideas al derecho internacional, con conclusiones similares a las que aquí derivo, véase Letsas, 2010, p. 534.

<sup>213</sup> “Dado que la constitución no le puede adscribir validez a otras normas si no es ella misma válida, y dado que no se puede adscribir validez a sí misma, la constitución no puede por sí misma darles validez a otras normas. Es entonces necesario recurrir a consideraciones externas a la práctica constitucional para justificar el carácter obligatorio de las reglas jurídicas” (Nino, 1996, p. 27).

<sup>214</sup> Véase Kelsen, 1967, pp. 193–195.

<sup>215</sup> Puede decirse que las teorías políticas predominantes hoy, por ejemplo, sostienen que -muy a grandes rasgos- es la legitimidad democrática la que le otorga validez a las normas. Véase, muy generalmente, por ejemplo, Gargarella, 1998a; Habermas, 1996; Martí, 2006a; Nino, 1996. Para una versión sucinta del argumento, véase Nino, 1985, pp. 94–97.

<sup>216</sup> “Es inevitable”, entonces, como dice Nino, “recurrir a principios valorativos para determinar qué materiales jurídicos son relevantes para justificar una acción o decisión, de modo que el discurso jurídico queda inmerso en un discurso justificativo más amplio” (Nino, 2014, p. 87). Nada distingue al derecho internacional en este aspecto. George Letsas explica que “cuáles son los hechos relevantes para la interpretación de un tratado debe depender en última instancia de alguna proposición normativa sobre razones o valores morales. La interpretación, en este sentido, es inherentemente un ejercicio que busca establecer la verdad de alguna proposición normativa y solo en forma derivada un ejercicio de descubrir significados o intenciones (es decir, derivada de la verdad de alguna proposición normativa a ese fin). La interpretación es intrínsecamente evaluativa” (Letsas, 2010, pp. 534–535).

inferior de la cadena de competencia, y ser de tipo empírico<sup>217</sup>. No es implausible que dos intérpretes acuerden en los materiales jurídicos relevantes, y que su desacuerdo esté basado en meras cuestiones de prueba respecto de los hechos existentes. Hasta allí, ningún problema. Pero lo más probable -sobre todo en los casos más debatidos, como el que es objeto de estudio de esta tesis- es que la disputa en realidad refleje un desacuerdo más profundo, ubicado en un punto superior de la cadena de competencia, de tipo normativo<sup>218</sup>. Este desacuerdo puede tener que ver directamente con el valor jurídico de una determinada fuente (es decir, si algo es o no es derecho)<sup>219</sup>, o -más habitualmente- con el efecto que una determinada fuente tiene sobre el contenido de la obligación (es decir, qué es exactamente lo que la fuente manda a hacer)<sup>220</sup>, como consecuencia de la existencia de lagunas (que el sistema jurídico no ofrezca soluciones a un determinado caso<sup>221</sup>), contradicciones (que la solución prevista por una norma sea incompatible con la que dispone otra para el mismo caso<sup>222</sup>), indeterminaciones semánticas (como la vaguedad o la ambigüedad de las palabras<sup>223</sup>), indeterminaciones sintácticas (ambigüedad de las oraciones<sup>224</sup>), o indeterminaciones pragmáticas (vacilaciones acerca de si los

---

<sup>217</sup> Dworkin llama a los argumentos y afirmaciones de esta parte inferior de la cadena “proposiciones de derecho”, y las define como aquellas que las personas realizan “sobre aquello que el derecho les permite o les niega tener” (DWORKIN, 1986, p. 4). Según Dworkin, los desacuerdos en este nivel presuponen un acuerdo en lo que él llama “fundamentos del derecho”, es decir, las proposiciones que se encuentran más arriba en la cadena o pirámide normativa kelseniana. Véase DWORKIN, 1986, pp. 4–5 y la explicación en S. SHAPIRO, 2007, pp. 35–37. Para una aplicación al derecho internacional, véase TESÓN, 1990, p. 87.

<sup>218</sup> Dworkin llama a estos argumentos “proposiciones acerca de los fundamentos del derecho”, y explica que son aquellas que permiten entender por qué las proposiciones de derecho son verdaderas o falsas. “La proposición de que nadie puede manejar a más de 55 millas por hora en California es verdadera, según muchos, porque una mayoría de los legisladores estatales levantaron sus manos cuando un texto a ese efecto fue sometido a su votación” (DWORKIN, 1986, p. 4).

<sup>219</sup> Véase D. SMITH, 2010, p. 641. Por ejemplo, si una resolución del Consejo de Seguridad se adoptó bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, si un determinado intercambio de notas constituye o no un tratado internacional, o si una determinada norma tiene carácter *jus cogens* o no.

<sup>220</sup> Véase D. SMITH, 2010, p. 641.

<sup>221</sup> Véase NINO, 2014, p. 98.

<sup>222</sup> Véase NINO, 2014, p. 99.

<sup>223</sup> Véase NINO, 2014, pp. 95–96 (describiendo la vaguedad “por gradiente”, “combinatoria”, y “por textura abierta”), y NINO, 2014, p. 96 (definiendo la ambigüedad como la situación en la cual una palabra tiene más de un significado).

<sup>224</sup> Véase NINO, 2014, p. 96 (las oraciones “pueden expresar más de una proposición no sólo cuando alguna de sus oraciones es ambigua, sino también cuando las conexiones sintácticas permiten varias interpretaciones”).

términos en cuestión preguntan, o prescriben, o sugieren, o prometen, etc.<sup>225</sup>). Entonces, aun cuando exista acuerdo acerca de la evidencia empírica (por ejemplo, sobre las instancias de práctica y las declaraciones de los Estados al respecto, o sobre las intenciones de los firmantes de un tratado), pueden persistir las dudas sobre los efectos que esa evidencia tiene sobre la obligación jurídica. En todos estos casos, en los que la mera observación de las reglas no provee respuestas claras, los intérpretes deben hacer un ejercicio de identificación del derecho vigente que es similar al (o que es, en sí mismo, una instancia del) ejercicio de identificación del derecho en una instancia superior de la cadena de competencias<sup>226</sup>. En otras palabras, deberán realizar un juicio valorativo, que les permita resolver la indeterminación en cuestión.

La omnipresencia de este tipo de indeterminaciones en derecho internacional<sup>227</sup> es lo que explica tanto los problemas teóricos como los problemas prácticos de las aproximaciones tradicionales. Al adoptar la perspectiva del hecho evidente, estas teorías no logran capturar el verdadero punto de desacuerdo entre los intérpretes (que suele combinar factores empíricos y factores normativos), lo que les impide -lógicamente- proveerles una base sólida para resolver su controversia respecto de la norma en cuestión. El derecho internacional se convierte así en una especie de diálogo de sordos, donde no hay un verdadero intercambio de razones. Ese es el problema de las teorías clásicas respecto de la interpretación de tratados -con las disputas sobre el “sentido corriente” de un término, o las controversias sobre las intenciones de las partes- y ese es, también, el problema de la aproximación clásica a la costumbre internacional -con la CIJ insistiendo en que decide en función de la práctica y la *opinio juris*, sin hacer nunca el estudio de los

---

<sup>225</sup> Véase NINO, 2014, p. 96 (“[e]l aspecto pragmático del lenguaje descansa no en el significado de las oraciones, que constituye su dimensión locucionaria, sino en lo que se hace con la oración en cuestión; o sea, si se afirma, se pregunta, se prescribe, se sugiere, se promete, etc.”).

<sup>226</sup> “[S]in recurrir a principios valorativos no es posible elegir entre dos o más normas contradictorias, llenar una laguna, seleccionar el sentido de una expresión o de una conexión sintáctica ambigua, o fijar el límite de aplicabilidad de una expresión real o potencialmente vaga. Los diferentes criterios de interpretación a que se suele aludir para resolver estos problemas sufren, ellos mismos, de indeterminaciones y, dadas sus propias inconsistencias, (...) no pueden ser aplicados sin una previa opción valorativa” (NINO, 2014, p. 97). Véase también, sobre el mismo punto, NINO, 2014, p. 100.

<sup>227</sup> “Las disputas más interesantes, no obstante, son teóricas, relacionadas con los fundamentos reales de los principios jurídicos internacionales. La búsqueda de bases apropiadas para las proposiciones jurídicas internacionales es la búsqueda de principios sustantivos apropiados de justicia internacional. Cada pieza de la historia debe ser interpretada, y para ello el intérprete debe apoyarse en un principio de segundo orden. Se sigue que el positivismo, la posición de que el derecho internacional puede ser identificado examinando únicamente ciertos hechos que han ocurrido en el pasado, o, como la llama Dworkin, la ‘aproximación del hecho evidente’ debe ser muy seriamente puesta en cuestión” (TESÓN, 1990, p. 87).

elementos que ella misma pregonaba como indispensable-. En muy pocos casos las disputas son verdaderamente sobre esos puntos, aunque simulen serlo.

Estas aproximaciones llevan, entonces, a las y los intérpretes, a discutir sobre problemas normativos sin poder invocar abiertamente razones normativas. El problema, como sugiere Carlos Nino en relación a la dogmática jurídica, “no es que recurran a consideraciones valorativas, sino que lo hagan generalmente de forma encubierta”<sup>228</sup>. Además de las dificultades prácticas que esto conlleva (porque la teoría es incapaz de asistir en resolver la disputa), existe un peligro adicional: lo que este ocultamiento implica es “que las valoraciones en que incurre la teoría jurídica para interpretar el derecho no están sometidas al control de la discusión crítica”<sup>229</sup>.

Nuestra intérprete necesita, entonces, una teoría de la interpretación que logre dar cuenta de los desacuerdos normativos, y que plantee pautas que estructuren el intercambio de razones en torno a estos desacuerdos (y no los oculten debajo de la alfombra de las disputas empíricas). El próximo capítulo estará dedicado a tratar de esbozar una teoría de ese tipo.

---

<sup>228</sup> NINO, 2014, p. 107.

<sup>229</sup> NINO, 2014, p. 107.

### CAPÍTULO 3: UNA MIRADA ALTERNATIVA: EL DERECHO INTERNACIONAL COMO ARGUMENTACIÓN CONSTRUCTIVA

En el capítulo anterior describí las “aproximaciones tradicionales” a la interpretación del derecho internacional. El problema de estas aproximaciones, sostuve, es que todas ellas se aferran a lo que Ronald Dworkin llamó la “perspectiva del hecho evidente”<sup>1</sup>, es decir, la idea de que todos los desacuerdos sobre el derecho son desacuerdos empíricos, que pueden ser resueltos por exclusiva referencia a hechos sociales. En el caso de la interpretación de los tratados, estas teorías ponen el foco o bien en el “sentido corriente” de las palabras incluidas en el texto<sup>2</sup>, o bien en las intenciones de los redactores del acuerdo<sup>3</sup>. La interpretación correcta, según estas aproximaciones, sería la que estuviera apoyada por la evidencia empírica más contundente respecto de ese hecho actual (la convención en el uso de las palabras) o histórico (la intención compartida por los redactores). En el caso de la costumbre, en tanto, la interpretación correcta sería aquella que trajera más pruebas empíricas respecto de la existencia o inexistencia de práctica y *opinio juris* de los Estados<sup>4</sup>. En ambos casos, la aproximación es inductiva, y no debe estar acompañada de ningún soporte teórico, sino que debe limitarse, plenamente, a lo que los hechos indican<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> DWORKIN, 1986, pp. 6–11.

<sup>2</sup> Véase, en general, AUST, 2007, pp. 231–232; BROWNLIE, 2008, p. 630; DÖRR, 2012, pp. 522–523; JONAS & SAUNDERS, 2010, p. 578; O’CONNELL, 1970, p. 253; ORAKHELASHVILI, 2008, pp. 301–392; SOREL & BORÉ EVENO, 2011, p. 804.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, entre autores contemporáneos, BJORGE, 2014, 2015; BOS, 1980, pp. 145–152; M. FITZMAURICE ET AL., 2010, p. 745; LOWE, 2007, p. 117. Para una lista de autores clásicos defendiendo esta posición, véase JACOBS, 1969, n. 4.

<sup>4</sup> Para una exposición de la doctrina clásica, véase, por ejemplo, SENDER & WOOD, 2017 y los informes del Relator Especial Sir Michael Wood ante la CDI: Comisión de Derecho Internacional, *Primer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/663 (17 de mayo de 2013); Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014); Comisión de Derecho Internacional, *Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/682 (27 de marzo de 2015); Comisión de Derecho Internacional, *Cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/695 (8 de marzo de 2016).

<sup>5</sup> Para una exposición clásica de la aproximación “inductiva” al derecho internacional, véase SCHWARZENBERGER, 1947. Sobre el método inductivo en la identificación de la costumbre internacional, véase TALMON, 2015a.

El capítulo anterior estuvo dedicado a identificar dos grandes problemas de estas aproximaciones. Por un lado, señalé que, en términos *prácticos*, son deficientes porque no logran resolver el desacuerdo existente entre los intérpretes. Por ejemplo, en el caso de quien intenta interpretar un tratado basándose en las intenciones de sus redactores, nada indica si debe hacer primar las intenciones de propósitos, más abstractas, o las intenciones de detalle, más concretas<sup>6</sup>. O en el caso de quien intenta interpretar un acuerdo en función del sentido corriente, nada indica qué hacer en caso de la inexistencia de una convención social dominante en la materia (por ejemplo, si hay varias definiciones, todas ellas posibles, de un término)<sup>7</sup>. En el caso de la costumbre, en tanto, sugerí que el método empírico, de tipo inductivo, sostenido por la teoría tradicional, es deficiente porque es incapaz de resolver las indeterminaciones que más urgentemente debería resolver: aquellas en las que existen dudas de si la práctica y la conciencia de obligatoriedad de los Estados son suficientes para constituir una norma consuetudinaria<sup>8</sup>. Lo que ocurre entonces es que los tribunales y la Comisión de Derecho Internacional defienden esta aproximación inductiva en abstracto, pero no la utilizan en la práctica<sup>9</sup>.

Por otro lado, en términos *teóricos*, las aproximaciones tradicionales son deficientes porque no capturan adecuadamente el tipo de desacuerdos que se plantean en la interpretación del derecho internacional. Quien discute acerca de la emergencia de una costumbre internacional discute, es cierto, en parte, sobre la cantidad de práctica y *opinio juris* existente en una determinada situación. Pero también discute acerca de la cantidad y la forma de práctica y *opinio juris* que son necesarias para la emergencia de una norma consuetudinaria en un contexto determinado, una pregunta que ya no tiene que ver con la aplicación del derecho, sino con los propios fundamentos del derecho. Lo mismo ocurre con la interpretación de un tratado. Quien duda si interpretar una cierta cláusula en un sentido restringido, ciñéndose, por ejemplo, a lo que fueron las intenciones de sus redactores cincuenta años atrás, o si leerla a la luz de un sistema jurídico internacional en

---

<sup>6</sup> Véase, al respecto, por ejemplo, NINO, 2014, p. 93; LETSAS, 2007, pp. 69–72; DWORKIN, 1986, pp. 55–57.

<sup>7</sup> Véase DWORKIN, 1986, pp. 45–53.

<sup>8</sup> Véase, desde diversas perspectivas, por ejemplo, BODANSKY, 2014; CHOI & GULATI, 2016; FIDLER, 1996; GEIGER, 2011; KELLY, 2000; KIRGIS, 1987; LEPARD, 2012; MAISLEY & LOSADA REVOL, 2016; TALMON, 2015a; TASIOLAS, 1996, 2009; TRACHTMAN, 2016; WOLFKE, 1993.

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, ALVAREZ-JIMÉNEZ, 2011; BODANSKY, 2014; BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 278–285; H. G. COHEN, 2015; GEIGER, 2011; LEPARD, 2012; TALMON, 2015a.



constante evolución, y con un propósito que excede lo que los redactores particulares pudieron considerar en un determinado momento histórico, se está haciendo una pregunta que no es empírica, sino que es normativa, que tiene que ver con los fundamentos del derecho internacional como un todo.

En este capítulo intentaré argumentar que cualquier teoría de la interpretación del derecho internacional que pretenda superar estas dos deficiencias debe tener como punto de partida la constatación de que las disputas interpretativas reflejan, muchas veces, desacuerdos normativos -y no meramente empíricos- entre los participantes de la disciplina. El derecho internacional es, entonces, una “práctica argumentativa”<sup>10</sup> en la que los distintos participantes intercambian, además de datos empíricos, *razones*, tratando de convencerse mutuamente de que su visión particular del sistema jurídico internacional, y de los derechos y obligaciones que este impone, es la correcta<sup>11</sup>.

Esta idea no es novedosa, en absoluto, en derecho internacional<sup>12</sup>. La formulación más difundida de la tesis de que el derecho internacional es, en esencia, una práctica argumentativa es quizás atribuible a Martti Koskenniemi, principal exponente de la escuela crítica del derecho internacional<sup>13</sup>. Para Koskenniemi, esta práctica

---

<sup>10</sup> “La práctica jurídica, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales”, explica Ronald Dworkin, “es *argumentativa*. Todo actor en la práctica entiende que lo que esta permite o requiere depende de la verdad de ciertas proposiciones que tienen sentido solo gracias a y en los confines de la práctica; la práctica consiste en gran parte en presentar y argumentar respecto de estas proposiciones” (DWORKIN, 1986, p. 13).

<sup>11</sup> La única forma de resolver este tipo de desacuerdos a través de la argumentación es apelando a lo que Patrick Capps llama “un punto de vista no arbitrario”, es decir que el significado de la práctica colectiva debe ser concebido en términos de “objetivos que sean prácticamente razonables, más que estar basados en nuestras creencias variadas y subjetivas sobre qué es importante o significativo acerca de dicha actividad” (CAPPS, 2009, p. 5). En otras palabras, los participantes deben apelar a lo que John Rawls llamó, famosamente, “razones públicas” (véase generalmente, RAWLS, 1993).

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, D’ASPREMONT, 2015; KOSKENNIEMI, 2005, 2007; VENZKE, 2012, 2017.

<sup>13</sup> Las primeras frases de la entrada sobre “metodología del derecho internacional” en la Enciclopedia Max Planck, redactada por Koskenniemi, son las siguientes: “El derecho internacional es una práctica argumentativa. Se trata de persuader a las audiencias identificadas, tales como cortes, colegas, políticos, y diversos lectores de los textos jurídicos acerca de la corrección -legalidad, legitimidad, justicia, permisibilidad, validez, etcétera- de la posición que uno defiende. Lo que pasa como método, en otras palabras, tiene que ver con lo que cuenta como argumentos persuasivos en derecho internacional. Clave para esta persuasión es que el argumento sea reconocible como un buen argumento y no, por ejemplo, un punto moral importante, una posición política plausible, o una descripción sociológica convincente de algo. Cualquiera puede, por supuesto, operar el código binario de legalidad/ilegalidad que constituye la sustancia de los argumentos jurídicos internacionales. Pero es el consenso en la profesión -la comunidad invisible de abogados internacionalistas- el que determina, en todo momento, si un argumento en particular es o no es persuasivo. Esto no quiere decir que sería imposible delinear los criterios por los cuales las audiencias profesionales típicamente reconocen argumentos como legalmente persuasivos. La metodología del derecho internacional es mejor vista como refiriéndose a criterios que los argumentos jurídicos deben cumplir típicamente en distintos contextos -incluido el académico- para parecer plausibles. Estos criterios

argumentativa consiste en “persuadir a diferentes audiencias (...) de la corrección jurídica (...) de la posición que uno defiende”<sup>14</sup>. Eso se logra a través de la apelación simultánea a dos valores que deben ser incluidos, ambos, en todo argumento jurídico internacional: la “normatividad” (la apelación a la necesidad de normas vinculantes que limiten el poder, particularmente de los Estados<sup>15</sup>), y la “concretitud” (que esas normas vinculantes tengan origen, precisamente, en el mismo poder que pretenden limitar<sup>16</sup>). “Pero en sí misma”, advierte Koskenniemi, “esta estructura no lleva a ningún lado, sino a la constante oposición, disociación y asociación de puntos respecto de la concreción y normatividad del derecho. No hay finalización alguna a esto. La estructura discursiva es solo una forma de hacer argumentos. No es una forma de llegar a conclusiones”<sup>17</sup>.

El argumento que quiero desarrollar aquí sobre el derecho internacional como argumentación es distinto del de Koskenniemi. La diferencia recae en la distinción, clásicamente desarrollada por H.L.A. Hart, entre la perspectiva interna y la perspectiva externa respecto del derecho<sup>18</sup>. Desde un punto de vista *externo* -como el del sociólogo, o el del historiador- puede observarse al derecho internacional como una competencia

---

pueden ser agrupados en dos: normatividad y concreción. Un argumento persuasivo es uno que parece tanto normativo como concreto, en el sentido a ser explicado” (KOSKENNIEMI, 2007, párr. 1).

<sup>14</sup> KOSKENNIEMI, 2007, párr. 1.

<sup>15</sup> “Una técnica jurídica busca fundamentar la persuasión de los argumentos jurídicos en su fuerza vinculante. Esto es, en la forma en que mantienen distancia crítica respecto de e imponen demandas al poder político. Los argumentos tienen fuerza vinculante en la medida en que no solo describen lo que los Estados -u otros actores poderosos- hacen o van a hacer, sino que realmente les requieren que hagan algo que no querrían hacer. Entonces, su fuerza persuasiva yace en su normatividad, aquí opuesta al poder” (KOSKENNIEMI, 2007, párr. 2).

<sup>16</sup> “Pero argumentar a partir de ideas generales sobre la justicia o sobre las posibilidades técnicas abiertas por las fuentes jurídicas puede aún parecer una aproximación demasiado abstracta o formalista al método jurídico internacional. Dado que el propio punto de la justicia o de las fuentes es crear un campo de normatividad que es independiente del poder internacional, los argumentos basados en ellas pueden parecer insuficientemente respetuosos de la base social sobre la que cualquier norma se debe apoyar. Las reglas creadas a partir de la justicia o de las fuentes pueden parecer alternativamente como demasiado rígidas o demasiado flexibles. En la medida en que son establecidas como directivas generales en un proceso *ex ante*, no cumplen en tener en cuenta circunstancias relevantes y no pueden adaptarse al cambio. Pero su abstracción también puede traducirse en una flexibilidad excesiva: porque se presentan como lenguaje, y el lenguaje es frecuentemente poco claro, las reglas se pueden doblar fácilmente para ajustarse a los prejuicios de quien lo formula. Por lo tanto, junto con los métodos que trabajan para lograr la normatividad del derecho internacional, orientaciones alternativas buscan la persuasión desde su concretitud, desde su capacidad de respuesta a los hechos de la vida internacional” (KOSKENNIEMI, 2007, pp. 14–15).

<sup>17</sup> KOSKENNIEMI, 2005, p. 68.

<sup>18</sup> Véase HART, 1994, pp. 89–91. Para una aplicación de la distinción al derecho internacional, en un sentido similar al referido aquí, véase ESPÓSITO, 1999, p. 54. Véase también DWORKIN, 1986, pp. 13–15; NINO, 2014, pp. 47–54. Una distinción similar es identificada por Jürgen Habermas en la obra de Max Weber: HABERMAS, 1996, p. 70.

entre estas razones en la cual ninguna tiene asegurada la victoria. No hay verdad o falsedad, sino que hay argumentos que compiten eternamente entre sí, apelando a valores aparentemente contradictorios. Desde el punto de vista *interno* del participante de la práctica, en cambio, existen solamente interpretaciones correctas o incorrectas, basadas en las convicciones honestas que cada participante tiene respecto del derecho<sup>19</sup>. De lo contrario, si los participantes no apelaran a valores que creen objetivamente verdaderos, no habría verdadera argumentación, sino mera oposición, enfrentamiento, o disputa<sup>20</sup>. Desde la perspectiva del intérprete, la posibilidad de que los valores a los que apela este sistema jurídico (normatividad y concreción, según Koskenniemi) se puedan combinar exitosamente no está en discusión, sino que constituye más bien un presupuesto<sup>21</sup>: lo que define a la perspectiva interna es precisamente la aceptación de las reglas de juego, el reconocimiento de que el sistema tiene sentido<sup>22</sup>. En mi opinión, entonces, Koskenniemi

---

<sup>19</sup> El tipo de argumentos que caracterizan al derecho internacional, y al derecho en general, “invitan al desacuerdo, y aunque no será incorrecto responder “pero esa es solo su opinión”, tampoco será útil hacerlo. Usted debe preguntarse a sí mismo si, luego de reflexionar, esa es también su opinión. Si lo es, pensará que mis argumentos y conclusiones son correctos y los otros a los que se enfrenta son incorrectos. Si esta no es su opinión, entonces recae en usted explicar por qué no lo es, y desafiar mis argumentos o convicciones con las suyas. Porque el ejercicio en cuestión es uno de descubrimiento al menos en este sentido: descubrir cuál visión de los asuntos soberanos que discutimos se condice más con las convicciones que cada uno, o todos juntos, tenemos y retenemos acerca de la mejor versión de nuestras prácticas comunes” (DWORKIN, 1986, p. 86).

<sup>20</sup> Jeremy Waldron explica que “la objetividad no es incompatible con el desacuerdo. Y uno puede ir incluso más allá. Desde ciertas miradas, una presunción de objetividad es necesaria para el desacuerdo: de lo contrario, ¿sobre qué pensaría la gente que está en desacuerdo? Si las posiciones morales fueran puramente subjetivas, entonces habría oposición entre las actitudes de una persona y las de otras, pero no habría nada que esa persona estuviera afirmando y la otra negando, o nada que una persona creyera verdadera y la otra falsa. Sería tonto pensar como una cuestión general que el único punto de hablar acerca de verdad o falsedad objetiva en un cierto campo es facilitar el desacuerdo en ese campo – mantener el argumento vivo, e impedir que la gente no se ponga de acuerdo en base a *de gustibus non disputandum*” (WALDRON, 2004b, p. 325; véase también WALDRON, 2005, p. 339). Véase al respecto también, VOYIAKIS, 2009, p. 58: “el escepticismo implica que nuestros desacuerdos sobre, por ejemplo, la moralidad de la invasión a Irak o la permisibilidad del aborto no tienen razón de ser, porque no hay nada respecto de lo cual estemos en verdadero desacuerdo. Si nuestros juicios evaluativos no son más que informes sobre nuestras sensaciones o emociones subjetivas, entonces nuestros debates sobre cuestiones de valores no son más que intercambios respecto de nuestros respectivos estados psicológicos, con nada que eston compartan o dejen de compartir. En efecto, si los escépticos tienen razón, la propia idea de acuerdo o desacuerdo evaluativo está inherentemente confundida, porque cualquiera de estas posiciones requiere una cuestión debatida, un caso sobre el cual las posiciones de las personas puedan converger o diferir”. Una mirada similar presenta Fernando Tesón, quien sugiere que -en la práctica- los Estados intentan justificar sus acciones en base al derecho internacional y no meramente enunciar razones basadas en su autointerés: TESÓN, 1990, p. 86.

<sup>21</sup> En la teoría de Dworkin, esta idea se expresa en “la presuposición de que la práctica [en cuestión] no simplemente existe, sino que tiene un valor, que sirve algún interés o propósito o que hace cumplir un cierto principio -en suma, que tiene un propósito- que puede ser enunciado independientemente de simplemente describir las reglas que constituyen la práctica” (DWORKIN, 1986, p. 47).

<sup>22</sup> La perspectiva interna, según Hart, es la de “un miembro del grupo que acepta [las reglas] y que las usa como guías para su conducta” (HART, 1994, p. 89). Estos miembros son “aquellos que aceptan y cooperan

asume un punto de vista *externo* cuando afirma que la estructura del derecho internacional hace oscilar la argumentación entre extremos de normatividad utópica y concreción apologetica. Esto puede ser cierto como tesis descriptiva, externa, pero no dice nada de la plausibilidad, desde la perspectiva interna, de estructurar exitosamente argumentos que combinen la apelación a la normatividad y a la concreción, ni de que cada participante pueda tener razones por las cuales cree que un cierto balance entre estos valores hace que el sistema sea más coherente que otro.

En la teoría que quiero desarrollar, entonces, el derecho internacional aspira a una cierta sistematicidad, aspira a ser coherente como un todo<sup>23</sup>. Pueden existir desacuerdos acerca de cuál es esa coherencia, de cómo se constituye, y de qué implica para cada caso concreto. Es más, *deben* existir, quizás, tales desacuerdos: allí radica, precisamente, la argumentación<sup>24</sup>. Pero no pueden existir desacuerdos acerca de si el sistema debe ser coherente<sup>25</sup>. Esto no quiere decir que no puedan existir críticas “radicales” al sistema, que

---

voluntariamente en mantener las reglas, y que por lo tanto ven su propia conducta y la de otros en términos de las reglas” (HART, 1994, p. 91).

<sup>23</sup> Sobre el ideal de sistematicidad del derecho, véase, generalmente, WALDRON, 2008c (por ejemplo, en la p. 33: “Las normas jurídicas se presentan como ajustándose, o aspirando a encajar juntas como un sistema, con cada decisión y cada nueva norma tomando un lugar en un cuerpo organizado de derecho que es comprensible por la inteligencia humana”). Sobre la conexión entre este ideal y la interpretación, véase WALDRON, 2011c, 2011b. Benedict Kingsbury asocia esta necesidad de coherencia del derecho internacional con la naturaleza *pública* del derecho (y del derecho internacional). Es una especie de restricción pragmática impuesta por la necesidad de poder defender la posición propia frente a los demás de un modo coherente. Véase KINGSBURY, 2009a, pp. 181–183.

<sup>24</sup> Es precisamente esta aspiración de sistematicidad la que permite que el derecho sea una práctica argumentativa, y no una mera sucesión de órdenes de un gobernante a sus gobernados. Jeremy Waldron explica que “la gente corriente y sus representantes aprovechan esta aspiración de sistematicidad e integridad al estructurar sus propios argumentos jurídicos, invitando a los tribunales que deciden sus casos a considerar cómo la posición que ellos están defendiendo encaja generalmente en una concepción coherente del espíritu del derecho. Estos no son argumentos meramente acerca de lo que el derecho debe ser – hechos, digamos, en modo de lobby. Son argumentos basados en razones, presentando argumentos que compiten acerca de qué es el derecho. Inevitablemente, son controvertidos: una parte dirá que tal proposición no se puede inferir del derecho tal cual es; la otra parte responderá que sí se puede inferir si le asignamos al derecho más coherencia (o coherencia entre más de sus elementos) de la que la gente le ha tendido a otorgar en el pasado. Y así la determinación de si una cierta proposición tiene autoridad jurídica puede ser, frecuentemente, una cuestión contestable. El derecho, en suma, se convierte en una cuestión argumentable” (WALDRON, 2011b, p. 19).

<sup>25</sup> Jeremy Waldron explica que no llamaríamos “derecho” a una sucesión de órdenes incoherentes emitidas por un gobernante, que lo que llamamos “sistema jurídico” tiene características distintas, marcadas especialmente por el trabajo que llevan a cabo (desde una perspectiva interna) los abogados y jueces: “En los sistemas con los que estamos familiarizados, el derecho se presenta como algo que tiene sentido. Las normas que son suministradas en nuestro sistema jurídico pueden parecer una orden aislada tras otra, pero los abogados y los jueces tratan de ver el derecho como un todo; tratan de discernir algún tipo de coherencia o sistema, integrando ítems particulares en una estructura que tenga sentido intelectual” (WALDRON, 2011b, p. 18).

denuncien su incoherencia o su completa ilegitimidad. Esos argumentos existen, y hasta podría decirse que tienen cierta razón<sup>26</sup>. Lo único que quiero decir aquí es que esas críticas nunca podrán ser esbozadas desde una perspectiva *interna*, como la que adopto en este trabajo: no serán argumentos jurídicos, de interpretación del derecho, sino argumentos de filosofía política, acerca del deber-ser del derecho. Lo que caracteriza a una teoría de la interpretación del derecho, como la que quiero desarrollar aquí, es precisamente esta perspectiva interna, que presupone un acuerdo mínimo acerca de esta aspiración a la coherencia del sistema jurídico. Cualquiera que quiera *interpretar* (y no solo describir, criticar, comentar) el derecho, asume en esa voluntad un compromiso con la aspiración a la coherencia del sistema jurídico. La práctica argumentativa del derecho internacional, vista desde esta perspectiva interna, consiste entonces en un intercambio de razones entre las y los participantes acerca de cuál lectura de las normas es la que mejor se ajusta a esta aspiración de coherencia del sistema jurídico internacional.

Existe una interesante objeción que he recibido en varias ocasiones al presentar estas ideas<sup>27</sup>. Esa objeción sostiene que son los propios actores del sistema jurídico internacional (funcionarias y funcionarios estatales, juezas y jueces, etc.) los que fomentan y mantienen las indeterminaciones de las normas, de modo tal de tener mayor discreción a la hora de elegir futuros cursos de acción. Si esto fuera cierto, mi reconstrucción de la práctica argumentativa del derecho internacional como una en la cual las y los participantes buscan resolver sus indeterminaciones a través del intercambio de razones sería -al menos- imprecisa: muchas veces, lo que pretenderían los distintos actores no sería argumentar hasta resolver esas dudas respecto del derecho, sino mantener vigentes esas indeterminaciones jurídicas para que los desacuerdos se resuelvan por otras

---

<sup>26</sup> Una posible crítica puede tener que ver con el legado colonial que permea a todo el sistema jurídico internacional, como han denunciado las y los académicos afiliados con los TWAIL (aproximaciones del tercer mundo al derecho internacional). Véase, por ejemplo, ANGHIE, 2004, 2008, 2016; CHIMNI, 2018; ESLAVA & PAHUJA, 2011; GATHII, 2011; MICKELSON, 2008; MUTUA, 2000; OKAFOR, 2005; RAJAGOPAL, 2003. Críticas similares, pero más universales, han sido esbozadas por los estudios marxistas del derecho internacional (CHIMNI, 1999; MARKS, 2008; MIÉVILLE, 2006). El feminismo también tiene argumentos considerables para poner en jaque la legitimidad del derecho internacional (véase, por ejemplo, CHARLESWORTH, 1994, 1999; CHARLESWORTH, CHINKIN, & WRIGHT, 1991; N. GROSSMAN, 2012). Diversos filósofos políticos estudiando cuestiones de justicia distributiva también han esbozado críticas al sistema jurídico internacional que, con variada potencia y por razones variadas, invitan a cuestionar la legitimidad del sistema jurídico internacional, en diversos aspectos. Véase, por ejemplo, BEITZ, 1975; CHRISTIANO, 2010; POGGE, 1992, 2005; POGGE, RIMMER, & RUBENSTEIN, 2010; SINGER, 2002.

<sup>27</sup> Agradezco a Emiliano Buis, Juan Pablo Scarfi, Justina Uriburu y Francisco Quintana por ayudarme a darle forma a esta objeción, y a pensar en cómo responder a ella. Los defectos de los argumentos me corresponden solamente a mí, por supuesto.

vías. Suponer que nuestra intérprete quiere encontrar una respuesta a la pregunta acerca de la existencia de un derecho a la participación de la sociedad civil, y que no quiere dejar la pregunta abierta -permitiendo que cada quien interprete lo que le plazca-, puede ser, según esta objeción, un error metodológico basado en una incorrecta apreciación del funcionamiento real del sistema jurídico internacional.

Mi respuesta a esta objeción tiene dos partes, concatenadas. Una primera parte consiste en reconocer que la teoría que presento aquí no pretende abarcar todas las operaciones que pueden hacerse con el derecho internacional. El propósito es darle herramientas solamente a aquellas personas que sí quieran *interpretar* el derecho internacional, en el sentido antes descripto: de buena fe, intentando entender qué derechos y obligaciones surgen de las normas, para poder luego determinar sus cursos de acción. Esa es una de las presuposiciones de mi argumento<sup>28</sup>. Para quienes no tengan estos propósitos -y es cierto que hay muchos participantes del sistema jurídico internacional que no los tienen-, la teoría tendrá poca utilidad. Como mencioné anteriormente, esto no quiere decir que haya que pensar a nuestra intérprete como un ente aislado de la realidad, sin intereses y opiniones. Pero sí tiene que tener un mínimo compromiso con las reglas de juego del sistema jurídico – de lo contrario, de nuevo, no será una *intérprete*.

La segunda parte de la respuesta, retomando un punto que hice en el primer capítulo, consiste en sugerir que estas ocasiones en que diversas personas sí desean o necesitan afrontar este proceso interpretativo son muchas, y muy relevantes. El ejemplo que di antes fue el de Zahara Heckscher y Michael Froman, para quienes era importante saber si las y los activistas tenían o no un derecho a participar en las negociaciones del TPP. Y más generalmente, cualquiera que quiera cumplir con las normas -por razones morales, reputacionales, o las que fueran<sup>29</sup>- primero debe entender los derechos y obligaciones que de ellas se derivan, lo que en muchos casos requiere interpretarlas (de buena fe – de otro modo no estarían cumpliendo *con las normas*). Si es cierto que “casi todas las naciones

---

<sup>28</sup> Véase, al respecto, el comienzo del capítulo 2.

<sup>29</sup> La bibliografía está plagada de hipótesis acerca de por qué los Estados y otros sujetos suelen cumplir con el derecho internacional, aun cuando no haya mecanismos coercitivos para exigirlos. Para revisiones de la bibliografía, véase KINGSBURY, 1998; SIMMONS, 1998, 2010; J. VON STEIN, 2012. Para teorías más concretas, véase, por ejemplo, CHAYES & CHAYES, 1995; FRANCK, 1990; GUZMAN, 2008; KINGSBURY, 1998; KOH, 1997. A veces, las razones son morales (el famoso “*compliance pull*” al que se refería Thomas Franck, con reminiscencias hartianas; véase generalmente, FRANCK, 1990 y HART, 1994), pero hay también motivos estratégicos (por ejemplo, por razones reputacionales).

observan casi todos los principios de derecho internacional y casi todas sus obligaciones la mayor parte del tiempo”<sup>30</sup>, entonces es cierto que la interpretación del derecho tiene más centralidad de la que la objeción parece adjudicarle.

Este capítulo, entonces, estará dedicado a delinear una teoría, alternativa a las tradicionales, para que nuestra intérprete pueda dilucidar el contenido del derecho internacional en lo que hace a la regulación de la participación de la sociedad civil. En la primera parte, presentaré (1.1) los fundamentos y (1.2) el método interpretativo de -lo que llamaré- una aproximación *constructiva* a la interpretación del derecho internacional. De acuerdo con esta mirada, interpretar consiste en “imprimirle un propósito a un objeto o a una práctica, con el fin de hacer de él el mejor ejemplo posible del género al que se considera que pertenece”<sup>31</sup>. Lo que esta teoría propone es que para determinar si existe o no un derecho a la participación de la sociedad civil, nuestra intérprete debe mirar los elementos empíricos que enfatizaban las aproximaciones tradicionales del capítulo anterior, pero debe hacerlo *a su mejor luz*, tratando de identificar cuál de las posibles versiones de ellos es la que mejor se ajusta al propósito del sistema jurídico internacional. En la segunda parte del capítulo, en tanto, (2) presentaré una serie de críticas aplicables a esta teoría, e intentaré esbozar algunas respuestas. Las críticas no provienen de autores que nieguen el desacuerdo normativo en derecho internacional -como las aproximaciones tradicionales- sino del “positivismo normativo internacional”: una corriente que reconoce la necesidad de argumentación normativa en la teoría de la interpretación, pero que hace un único juicio normativo inicial, aplicable a todas las circunstancias interpretativas, según el cual es mejor resolver las disputas concretas de interpretación por referencia a elementos empíricos.

Asumiendo que mis respuestas a estas críticas tienen algún asidero, en los restantes capítulos de la tesis presentaré una *interpretación constructiva* del derecho internacional vigente que sostiene que existe, en la actualidad, un derecho de la sociedad civil a participar de la creación normativa internacional.

---

<sup>30</sup> HENKIN, 1979, p. 47.

<sup>31</sup> DWORKIN, 1986, p. 52.

## **I. DESACUERDO NORMATIVO Y DISCURSO MORAL: UNA APROXIMACIÓN CONSTRUCTIVA A LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL**

Como adelanté en la introducción, en esta sección quiero argumentar que el método interpretativo que mejor conceptualiza el tipo de desacuerdos que existen en la práctica argumentativa del derecho internacional y, por lo tanto, el que genera las mejores condiciones para esa práctica, es el que reconoce y explicita que el discurso normativo del derecho internacional se enmarca en una práctica discursiva más amplia: la del discurso moral. Por lo tanto, las razones que deben esgrimir los participantes del discurso del derecho internacional se remiten, en última instancia, a las razones que se producen y validan en la práctica argumentativa del discurso moral.

Antes de continuar, una aclaración terminológica. El término “moral” es utilizado en esta discusión en referencia a una serie de principios respecto de los cuales se puede argumentar racionalmente<sup>32</sup>, y “tales que, si existieran, su existencia estaría dada por su validez o aceptabilidad y no por su reconocimiento efectivo o aceptación real por ciertos individuos; no son, en consecuencia, principios de una moral positiva sino de una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito”<sup>33</sup>. No se trata entonces de los principios que tienen en común, efectivamente, los miembros de la comunidad internacional, ni los principios que rigen la conducta de un participante aislado. Son construcciones teóricas, susceptibles de argumentación racional, acerca de los cursos de conducta que deberían ser adoptados por los individuos en determinadas situaciones<sup>34</sup>.

Esta mirada que enmarca la interpretación del derecho internacional en el discurso moral se aparta claramente de lo que son las aproximaciones predominantes en la disciplina, como las que reseñé en el capítulo y la sección anterior. No obstante, no es una mirada que esté completamente ausente ni (i) de la bibliografía especializada sobre teoría del derecho internacional, ni (ii) de la práctica histórica y los instrumentos centrales de la disciplina.

---

<sup>32</sup> Los principios morales se conocen, entonces, a través de lo que se denomina “discurso moral”. Volveré sobre este punto más adelante. Al respecto, véase NINO, 1989, pp. 104–128, 2013, pp. 63–70.

<sup>33</sup> NINO, 1989, p. 20.

<sup>34</sup> Pese a esta distinción entre “moral crítica” y “moral positiva o social”, existen conexiones entre ambas ideas, que serán introducidas más adelante. Sobre estas conexiones, véase NINO, 1989, pp. 91–104, 2013, pp. 53–61.



En efecto, existe (i) una corriente de académicas y académicos internacionalistas que -no muy orgánicamente, a veces sin demasiado rigor teórico, y desde un lugar algo marginal en la disciplina- ha defendido de modo más o menos explícito la idea de que el discurso interpretativo del derecho internacional debe enmarcarse en la práctica argumentativa del discurso moral<sup>35</sup>. En el derecho internacional del siglo XX<sup>36</sup>, la figura más relevante de esta tradición es quizás Hersch Lauterpacht, quien ya antes de la Segunda Guerra Mundial defendía una “interpretación progresiva” del derecho internacional<sup>37</sup>, argumentando que “la noción con la ayuda de la cual el abogado internacionalista mide y determina la naturaleza de las reglas que constituyen el contenido de su disciplina es necesariamente una *a priori*”<sup>38</sup>, y es -según él- una que debe estar basada no en el ideal de soberanía de los Estados, sino más bien en “el postulado ético y racional, que está gradualmente convirtiéndose en un hecho, de una comunidad internacional de intereses y funciones”<sup>39</sup>. En tiempos más recientes<sup>40</sup>, Antonio Cassese ha defendido (un poco tímidamente<sup>41</sup>) lo que él llamó un “positivismo crítico”, según el cual el intérprete debería “sentirse libre de (...) apreciar críticamente la regla o institución en cuestión (...) a la luz de (...) valores generales compartidos por la comunidad internacional”<sup>42</sup>. Anne Peters también ha defendido una posición similar, resaltando la necesidad de análisis normativo en cualquier instancia de interpretación de derecho

---

<sup>35</sup> Véase, por ejemplo, ÇALI, 2009; CAPPS, 2009, 2012; A. CASSESE, 2011; KIRGIS, 1987; LAUTERPACHT, 1925, 1932, 1946, 1949; LETSAS, 2007, 2010; PETERS, 2001, 2006, 2013, 2017; ROBERTS, 2001; TASIIOULAS, 1996, 2009; VOYIAKIS, 2009.

<sup>36</sup> Ciertos rastros de esta mirada pueden encontrarse -indudablemente- en autores clásicos, desde Hugo Grocio hasta John Westlake. De hecho, el propio Lauterpacht se referencia en ambos en algunos de los textos más significativos de ambos para construir su propia aproximación (véase LAUTERPACHT, 1946, sobre Grocio, y LAUTERPACHT, 1925, sobre Westlake). No me interesa aquí adentrarme en la discusión acerca de la conexión entre esas posturas clásicas y las miradas más modernas, sino más bien en los argumentos de estas últimas.

<sup>37</sup> Para un interesante estudio de los paralelismos entre la metodología adoptada por Lauterpacht y la obra de Ronald Dworkin, véase CAPPS, 2012.

<sup>38</sup> LAUTERPACHT, 1932, p. 320.

<sup>39</sup> LAUTERPACHT, 1932, p. 317.

<sup>40</sup> Anne Peters nota que luego del renacimiento de las aproximaciones éticas al derecho internacional que ocurrió de la mano de Hersch Lauterpacht luego de la Segunda Guerra Mundial, “la disciplina estuvo prácticamente vaciada de aproximaciones de ética constructiva”, hasta fines del siglo XX (PETERS, 2013, p. 548).

<sup>41</sup> La exposición de estas ideas de Cassese está solamente explicitada en la conclusión de un libro de entrevistas a “grandes maestros” del derecho internacional (A. CASSESE, 2011), pese a que se podría considerar que estas ideas permean toda su obra.

<sup>42</sup> A. CASSESE, 2011, p. 259.

internacional<sup>43</sup>. Mónica Pinto ha identificado lógicas de esta naturaleza en la jurisprudencia de la CIJ relativa al uso de la fuerza, y especialmente en el caso del *Canal de Corfú*<sup>44</sup>. Otros autores, algo menos centrales en la disciplina, se han aproximado también a este tipo de posiciones<sup>45</sup>.

Por otro lado, (ii) la práctica histórica y los instrumentos centrales de la disciplina también pueden ser leídos de un modo coherente con una aproximación a la interpretación que inserte la práctica argumentativa del derecho internacional en la práctica más amplia del discurso moral. En el caso de la interpretación de tratados internacionales, la Convención de Viena abre la puerta al razonamiento normativo a través de conceptos como el “objeto y fin” del tratado<sup>46</sup> y el requerimiento de que se interprete “de buena fe”<sup>47</sup>. La indicación de que se tome en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” también sugiere la necesidad de una mirada más holística respecto de los principios que subyacen al sistema jurídico internacional como un todo. En el caso de la costumbre internacional, también, varios autores han señalado que -pese a su insistencia respecto de la pureza inductiva del análisis- tribunales como la CIJ en la práctica adoptan un método deductivo en el cual consideran los elementos de la realidad a la luz de una cierta mirada normativa respecto del derecho internacional<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> “El análisis normativo consiste en justificar o criticar las normas existentes, y en realizar propuestas de reformas. También consiste en evaluar la aplicación del derecho y criticar tal práctica. Dada la flexibilidad inherente en cualquier interpretación y aplicación de una regla a los hechos, cualquier evaluación de la práctica jurídica es, en el sentido de una teoría de la ciencia, ‘normativa’, y no meramente un análisis ‘positivo’” (PETERS, 2013, p. 550).

<sup>44</sup> Véase PINTO, 2007, pp. 147–152. Pinto sostiene que “la lectura moral del derecho internacional relativa al uso de fuerza (...) expresa una creencia en el derecho como instrumento de convivencia y desarrollo de las sociedades, y para ello la determinación de un juez, de cada juez, es importante. No se trata de retocar los hechos, ni de manipular el derecho, sino de decidir de acuerdo conforme a derecho para fortalecer los pilares del orden que rigen nuestras vidas. Esto requiere, por supuesto, dejar de lado las subjetividades y alejar lo más posible la doble vara en el análisis” (PINTO, 2007, p. 154). El caso específico sobre el que trabaja es Corte Internacional de Justicia, *Caso del Canal de Corfú* (Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Albania), 1949 I.C.J. 4 (9 de abril).

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo, ÇALI, 2009; CAPPS, 2009, 2012; KIRGIS, 1987; LETSAS, 2007, 2010; ROBERTS, 2001; TASIOLAS, 1996, 2009; TESÓN, 1998; VOYIAKIS, 2009.

<sup>46</sup> CVDT, artículo 31.1. “[L]a tarea de individualizar el objeto y fin de un tratado y de interpretar el tratado a la luz de este es -de principio a fin- un ejercicio profundamente evaluativo, no empírico” (LETSAS, 2010, p. 535).

<sup>47</sup> CVDT, artículo 31.1.

<sup>48</sup> Véase BAKER, 2010, pp. 203–204; BODANSKY, 2014, p. 180; TAMS, 2015, pp. 77–78. En su estudio de 175 determinaciones de normas consuetudinarias, por ejemplo, Choi y Gulati concluyen que “cuando los tribunales analizan normas de costumbre internacional -sea que las identifiquen en el caso o no-

En suma, tanto en el caso de la interpretación de tratados, como en el de la identificación de normas consuetudinarias, las y los participantes del derecho internacional no han sido completamente ajenos a la práctica de razonar a partir de argumentos normativos, morales, para resolver las indeterminaciones de las normas internacionales. En las próximas dos secciones, utilizaré estas bases delineadas por académicos y por la práctica de la disciplina para proponer una aproximación alternativa a las tradicionales respecto de la interpretación del derecho internacional. La primera de ellas estará dedicada a explicar los fundamentos de esta aproximación, mientras que la segunda entrará en mayor detalle en el método general que creo que debe ser seguido al momento de interpretar normas de derecho internacional.

## **1. LOS FUNDAMENTOS: BASES TEÓRICAS PARA UNA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL**

### **1.1. La práctica argumentativa del discurso moral como parte indispensable de la interpretación en derecho internacional**

Vimos en la sección anterior que la práctica argumentativa del derecho internacional, vista desde la perspectiva interna del participante, consiste en un intercambio de razones acerca de cuál lectura de las normas es la que mejor se ajusta a la aspiración de coherencia del sistema jurídico internacional. Lo que quiero sugerir aquí es que esas razones no pueden aislarse de la práctica argumentativa más amplia del discurso moral, es decir, que es inevitable que los argumentos que den las y los intérpretes del derecho internacional se inserten en una discusión más amplia de argumentos morales.

La razón última para ello es que, como explica Carlos Nino, la moral tiene -como razón justificatoria para la adopción de ciertas conductas- un carácter “imperialista”<sup>49</sup>.

---

generalmente realizan un ejercicio que mira hacia adelante, un ejercicio aspiracional” en lugar de la aproximación empírica, basada solo en la práctica pasada, que pregonan las miradas tradicionales (CHOI & GULATI, 2016, p. 147). En una línea similar, Rudolf Geiger sugiere que lo que la Corte Internacional de Justicia realmente hace al identificar normas de costumbre es partir de principios muy generales, e insertar los datos empíricos en ese marco, “interpretando los principios generales en miras a sus objetivos y funciones, y teniendo en cuenta las peculiaridades del problema a ser decidido” (GEIGER, 2011, p. 693). Stefan Talmon, en tanto, afirma que “los juicios de valor están siempre implícitos en el reconocimiento de la práctica como costumbre. La Corte puede interpretar práctica estatal inconsistente como una violación de la costumbre existente, el comienzo de una nueva costumbre, o la inexistencia de costumbre” (TALMON, 2015a, p. 433).

<sup>49</sup> NINO, 2014, p. 82. La razón para ello es que las razones presentadas en el discurso moral deben ser finales, desplazando a otro tipo de consideraciones. Nino explica que “el discurso moral no cumpliría su función de conducir a comportamientos convergentes si los principios de conducta que resulten aceptados a través de él, no tuvieran una cierta jerarquía frente a otras posibles razones para actuar. De lo contrario, la gente podría coincidir en la aceptación libre de principios morales, pero divergir en su comportamiento efectivo debido a diferencias en cuanto a si esos principios se ven o no desplazados por otras razones para

Esto quiere decir que quien participe del discurso moral -es decir, quien intente justificar la corrección de sus acciones frente a terceros-, no podrá argumentar en base a razones que no sean de tipo moral (como las prudenciales, o las de eficiencia), a menos que el propio discurso moral deje un espacio libre para ese tipo de razones, “sea porque se mueva en una dimensión diferente, porque defina un área de indiferencia, o porque sea aplicable algún principio defendible en el discurso moral que permita la justificación propia de dicho subdiscurso”<sup>50</sup>. La existencia de discursos justificatorios insulares, entonces, queda supeditada a la indiferencia o la autorización del discurso moral.

La práctica argumentativa de nuestra intérprete del derecho internacional no queda exenta de esta dinámica. Como vimos, debido a la posición interna que ella adopta respecto de este discurso, no puede sino asumir la aspiración a la coherencia del sistema jurídico internacional<sup>51</sup>. Vimos también que esta coherencia debe apoyarse, en última instancia, necesariamente, en razones extrajurídicas, normativas, que cierren la regresión infinita de la pirámide kelseniana. Y vimos, finalmente, que esas razones últimas permean las discusiones interpretativas, debido a la naturaleza normativa de los desacuerdos jurídicos. Lo que el carácter imperialista del discurso moral ahora nos sugiere es que esas decisivas razones extrajurídicas son razones morales, y que por lo tanto el discurso

---

justificar una acción o actitud. De este modo, es distintivo de los principios morales el que ellos constituyen razones finales en la justificación de una acción: ninguna razón de otra índole puede prevalecer sobre ellas, y ellas desplazan a cualquier otra razón, cuando son aplicables. Ésta no es una cuestión normativa ni motivacional sino lógica; hace al concepto de principio o razones morales, lo que implica que este concepto es aplicable al caso de cualquier principio que sea defendido como justificación última de una conducta, siempre, claro está, que satisfaga las otras condiciones de un principio moral. Por cierto que puede haber razones prudenciales que justifiquen sin más una acción, pero cuando hay razones morales aplicables al caso, las razones prudenciales divergentes dejan de proveer justificación para la conducta. Hay quienes se sienten tentados a hablar de una justificación moral, otra jurídica, otra prudencial, etc., como si se tratara de justificaciones independientes de las acciones. Esto implicaría una desintegración del razonamiento práctico que frustraría el objeto de la pregunta acerca de la justificación de las acciones: alguien podría saber que su conducta no está justificada moralmente pero que sí lo está jurídica o prudencialmente, y no saber aún cómo, en definitiva, debe actuar. El razonamiento práctico presupone una jerarquización de razones que evita esa situación: las razones prudenciales justifican acciones sólo cuando no son desplazadas por razones morales; no hay, en cambio, razones jurídicas autónomas, sino que (...) la existencia de ciertas normas jurídicas constituye una razón auxiliar que sólo justifica una decisión cuando se combina con razones morales o prudenciales adecuadas” (NINO, 1989, pp. 111–112).

<sup>50</sup> NINO, 2014, p. 82.

<sup>51</sup> Como explica Carlos Nino, “las reglas del discurso práctico intersubjetivo son tales que incurrimos en una inconsistencia pragmática solo cuando afirmamos juicios morales y no actuamos en consecuencia. Por el contrario, la referencia al contenido de una práctica social [es decir, la perspectiva que adopta un observador *externo*] -como el sistema jurídico cuando es entendido en términos descriptivos- es perfectamente compatible con una acción que es opuesta a lo que requiere su contenido” (NINO, 1996, p. 27).

jurídico internacionalista se enmarca, necesariamente, en un sistema justificatorio más amplio, el del discurso moral<sup>52</sup>.

Ahora bien, si todo esto es cierto, lo que resta explicar es por qué nuestra intérprete debería prestar alguna atención a la práctica social del derecho internacional y no resolver todo por la mera apelación a principios morales<sup>53</sup>. En otras palabras, por qué, ante la pregunta respecto del derecho a la participación, no puede simplemente considerar cuál sería el mejor esquema institucional en términos morales, y -aun cuando este no guarde ninguna relación con las normas vigentes- exigir que sea puesto en práctica<sup>54</sup>.

La respuesta, una vez más, tiene que ver con los presupuestos que se generan a partir de la decisión de adoptar una perspectiva interna, interpretativa, respecto del derecho. Al participar en la práctica argumentativa del derecho internacional (y no desecharla de plano, adoptando una postura crítica, por ejemplo), nuestra intérprete se adentra en una práctica que es inherentemente *colectiva*, en la cual el rol que le toca no es el de reformar completamente la práctica, sino que consiste en “contribuir de manera relevante a la obra común, que suele ser el resultado intencional o no intencional de millones de personas a lo largo de mucho tiempo”<sup>55</sup>. Por lo tanto, alcanzar los mejores resultados morales requerirá no solo una consideración abstracta de los principios de justicia y las soluciones ideales para el caso, sino una reflexión que tenga en consideración las posiciones históricas y presentes de los demás participantes de la práctica<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> “La tesis se puede expresar de la misma manera diciendo que una práctica social -como una constitución, vista como una práctica social- no puede justificar ella misma acciones o decisiones, sino que solo puede constituir un hecho condicionante que determine la aplicabilidad de ciertos principios morales que justifican acciones o decisiones” (NINO, 1996, p. 27).

<sup>53</sup> Este es el problema que Carlos Nino llamó “la paradoja de la superfluidad del derecho en el razonamiento práctico” (NINO, 2014, p. 133).

<sup>54</sup> Una primera y obvia respuesta puede ser que, una vez más, la incorporación de razones propiamente jurídicas es un presupuesto de haber adoptado una postura *interpretativa* respecto del derecho, desde una perspectiva interna. Pero esta respuesta no es en realidad más que una evasión, porque de ser la única contestación al problema de la superfluidad del derecho, llevaría a que el discurso jurídico y el discurso práctico estén completamente aislados (es decir, a que el derecho no constituya razón para la acción). No obstante, la respuesta final que esbozaré aquí -siguiendo a Nino- comparte algunos presupuestos con esta aproximación.

<sup>55</sup> NINO, 2014, p. 140.

<sup>56</sup> Ronald Dworkin explica este punto con su famosa analogía de la novela en cadena. Los operadores y operadoras jurídicas, al interpretar el derecho, tienen el mismo margen de decisión que el que tienen los autores de una potencial novela en cadena, en la que cada autor debe escribir un capítulo que continúe la historia escrita por sus antecesores. Si bien es innegable que quien escriba estará obligado a crear algo nuevo, eso nuevo necesariamente debe ser coherente con lo que se ha escrito previamente, entablando un diálogo literario con sus antecesores. Por ejemplo, si desaparece un personaje, o se cambia la locación de

Finalmente, hay una razón propiamente moral para que nuestra intérprete considere en su razonamiento las normas internacionales vigentes, y no solamente principios ideales de justicia. Debido al procedimiento que se utiliza para su adopción, las normas jurídicas suelen gozar de una cierta legitimidad y, por lo tanto, suelen existir buenas razones morales para que los sujetos las tengan en cuenta en su razonamiento práctico<sup>57</sup>. En el caso de las normas internacionales, esta legitimidad requiere un análisis más pormenorizado que en sistemas nacionales democráticos, puesto que existen significativos déficits en la representación y participación de los sujetos en el procedimiento de toma de decisiones<sup>58</sup>. Ello puede requerir que nuestra intérprete analice las prácticas con una lupa moral más cuidadosa, y que le dé menos relevancia a la práctica pasada del sistema que a las razones morales abstractas. Pero, en líneas generales, el mero hecho del consentimiento estatal garantiza que las normas internacionales tengan un mínimo de legitimidad que obligue -moralmente- a nuestra intérprete a (al menos) no desecharlas de plano, y a hacer un intento de identificar una versión de ellas que sea coherente con los mejores principios morales que pueda identificar para el caso. Volveré sobre este punto de la legitimidad más adelante en la tesis.

En suma, para resolver la pregunta acerca del derecho a la participación, nuestra intérprete deberá enmarcar sus argumentos en la práctica argumentativa del discurso moral, pero deberá además considerar (al menos *prima facie*) en su reflexión la práctica colectiva relevante, es decir, las normas internacionales en la materia (incluyendo aquellas que establecen reglas de interpretación, y que apuntan a ciertos elementos como relevantes para ese proceso).

---

la historia, se deberá explicar por qué sucede, bajo el riesgo de que la historia pierda toda legitimidad. Véase DWORKIN, 1986, pp. 228–238 Carlos Nino presenta una analogía similar, pero utilizando la construcción centenaria de una catedral. La idea es que el desarrollo de un sistema jurídico y político es una empresa colectiva de larga duración, análoga a la construcción de una catedral, de esas que llevan siglos en erigirse. Cada individuo, como cada arquitecto en el caso de la catedral, tendrá sus propias preferencias en términos morales, políticos y estéticos—según el caso— e intentará aplicarlos a su aporte al emprendimiento colectivo. Para ello, cada uno analizará los aportes previos —el estilo adoptado por los arquitectos anteriores, en el caso de la catedral— y tomará una decisión respecto de cuál es su mejor aporte: una opción será entender que lo realizado está radicalmente mal, y que conviene demoler todo lo hecho y comenzar desde cero, y otra opción será tratar de adaptar y corregir lo que uno cree incorrecto, aprovechando los avances realizados. Ahora bien, optar por la primera opción tiene altos costos y puede ser irresponsable a menos que uno crea que la nada es mejor que lo poco que se construyó hasta el momento. Véase NINO, 1996, pp. 33–37.

<sup>57</sup> Véase, muy generalmente, al respecto, HABERMAS, 1996; NINO, 1996

<sup>58</sup> Véase, al respecto, la discusión de la sección II.2.2.1 del primer capítulo de esta tesis.

## 2. EL MÉTODO: ETAPAS DE UNA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Considerando estos fundamentos teóricos, nuestra intérprete tendrá una idea más clara del tipo de razones que podrá brindar en la argumentación acerca de qué es lo que establece el derecho internacional respecto de la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones internacionales. Ronald Dworkin ha destilado estas consideraciones en un método interpretativo que tiene, según explica, tres fases<sup>59</sup>. Este método es aplicable al derecho internacional. En una primera fase, *preinterpretativa*, se deben identificar “las reglas y estándares que se cree que proveen el contenido tentativo de la práctica”<sup>60</sup>. En este paso, nuestra intérprete debe identificar, para el caso de la costumbre, los elementos de la práctica y la *opinio juris*<sup>61</sup>, y para el caso de los tratados, el texto y su sentido corriente, el contexto, y la práctica ulterior de las partes<sup>62</sup>. Además, deberá considerar las opiniones de la doctrina sobre el punto, y la jurisprudencia que pudiera existir y estar relacionada con la pregunta interpretativa en cuestión<sup>63</sup>. Luego, en una segunda fase, *interpretativa*, la “intérprete define una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada”<sup>64</sup> en la etapa anterior. Este es el paso en el cual nuestra intérprete presentará su visión normativa (es decir, moral) del sistema jurídico internacional y sus propósitos. La tercera fase es la *postinterpretativa*: aquí nuestra intérprete debe “ajustar su sentido de lo que la práctica ‘realmente’ requiere para servir mejor la justificación que aceptó en la fase interpretativa”<sup>65</sup>. Este método permite, según Dworkin, combinar los dos elementos indispensables en la interpretación jurídica: los datos empíricos respecto de la práctica social (la dimensión del “ajuste”) y una reflexión

---

<sup>59</sup> Carlos Nino sugiere un procedimiento similar, pero dividido en seis pasos (véase NINO, 2014, pp. 90–98).

<sup>60</sup> DWORKIN, 1986, pp. 65–66.

<sup>61</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.b. Para ejemplos (y reflexiones acerca) de aplicaciones de este método a la costumbre internacional, véase, por ejemplo, ROBERTS, 2001; TASIIOULAS, 1996, 2009, y la relectura que Patrick Capps hace de la obra de Hersch Lauterpacht sobre reconocimiento de Estados (CAPPS, 2012).

<sup>62</sup> CVDT, artículo 31. Para ejemplos (y reflexiones acerca) de aplicaciones de este método a tratados internacionales, véase, por ejemplo, LETSAS, 2007, 2010 y el intento del propio Dworkin de reinterpretar el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas a la luz de su propia concepción de los propósitos del sistema jurídico internacional, en DWORKIN, 2013.

<sup>63</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.d.

<sup>64</sup> DWORKIN, 1986, p. 66.

<sup>65</sup> DWORKIN, 1986, p. 66.

normativa, moral, política, respecto de la mejor versión posible de esa norma (la dimensión de la “sustancia”).

Lo que quiero sugerir a continuación es que adoptar un método de este tipo permite resolver el tipo de problemas que identifiqué en el capítulo pasado en las aproximaciones tradicionales a la interpretación del derecho internacional, tanto en relación a la costumbre internacional como a los tratados internacionales.

## **2.1. Discurso moral y costumbre internacional**

En primer lugar, la aplicación de este método constructivo a la identificación de las reglas de costumbre internacional tiene el potencial de resolver los tres problemas que identifiqué en la aproximación tradicional defendida por el Relator Especial Michael Wood y por ciertas afirmaciones de la CIJ<sup>66</sup>.

Primero, el método resuelve la aparente arbitrariedad y explica ciertas oscilaciones en las decisiones de los tribunales internacionales respecto de la identificación de la costumbre internacional<sup>67</sup>. John Tasioulas refiere a la teoría de Dworkin para explicar, por ejemplo, la variación en la rigurosidad del análisis de los elementos empíricos de la costumbre entre las decisiones de la CIJ en el caso de *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* de 1986<sup>68</sup> y en la opinión consultiva sobre la *Legalidad del Uso de Armas Nucleares*, de 1996<sup>69</sup>. En la primera de estas sentencias, si bien no había elementos fuertes en la dimensión del “ajuste” como para probar la existencia de la norma consuetudinaria sobre la prohibición del uso de la fuerza (porque, en la práctica, los Estados habían usado la fuerza más de lo debido), esto fue compensado por la dimensión de la “sustancia”. Así, la Corte habría optado por leer los datos empíricos respecto de la norma a la luz del ideal de coexistencia pacífica que guía, según Tasioulas, al derecho internacional contemporáneo<sup>70</sup>. En la opinión consultiva de 1996, en cambio, el método constructivo hizo que la Corte decidiera de un modo opuesto al de *Nicaragua*:

---

<sup>66</sup> Véase el capítulo anterior o, para la posición de Wood, SENDER & WOOD, 2015, 2017; WOOD & SENDER, 2014, y para la jurisprudencia de la Corte, por ejemplo, ALVAREZ-JIMÉNEZ, 2011; GEIGER, 2011; TALMON, 2015a; TAMS, 2015

<sup>67</sup> Para un desarrollo de esta idea, véase MAISLEY & LOSADA REVOL, 2016.

<sup>68</sup> Véase Corte Internacional de Justicia, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), 1986 I.C.J. 14 (27 de junio).

<sup>69</sup> Véase Corte Internacional de Justicia, *Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares*, Opinión Consultiva, 1996 I.C.J. 226 (8 de julio).

<sup>70</sup> TASIOULAS, 2009, pp. 326–328.



la escasa práctica y *opinio juris* presente en la dimensión del “ajuste” no fue compensada en la dimensión de la “sustancia” por las dudas presentes en la Corte acerca de si una prohibición absoluta de las armas nucleares contribuiría más a la coexistencia pacífica que el método de disuasión utilizado por la comunidad internacional hasta el momento<sup>71</sup>. El problema de la Corte, en todo caso, no es la oscilación en los resultados, sino la falta de análisis explícito de la dimensión de la sustancia en sus decisiones.

Segundo, el método evita imponerle a nuestra intérprete la tarea hercúlea de basar la interpretación en una investigación guiada por criterios inductivos, es decir, destilar, sin ninguna guía, de una infinidad de materiales y documentos una regla clara y unívoca. La naturaleza interactiva del proceso permite una aproximación más razonable desde un punto de vista metodológico, más cercano al del método científico<sup>72</sup>: se parte de una reflexión inicial, se postula una hipótesis general, se testea empíricamente, y se analizan los datos obtenidos. En tres artículos separados, Alain Pellet, Stefan Talmon, y Christian Tams sugieren que el procedimiento que la CIJ lleva a cabo para identificar la costumbre se parece más a este método que a la estricta mirada inductiva que la propia Corte sigue sosteniendo como válida<sup>73</sup>. Los supuestos “atajos argumentativos”<sup>74</sup> que la Corte usa no son más que un método razonable y defendible para la identificación de reglas de costumbre.

Tercero, y más centralmente, el método provee un espacio más adecuado para una argumentación jurídica que intente resolver la indeterminación del derecho. Al identificar el o los verdaderos puntos de conflicto (empíricos y/o normativos), nuestra intérprete podrá proveer las razones adecuadas para tratar de convencer a los demás partícipes de la práctica de su posición. Esto no garantiza que personas como Zahara Heckscher y Michael Froman se vayan a poner de acuerdo, por supuesto. Pero sí deja en claro cuáles son sus verdaderas diferencias, y permite que los demás actores que participan de las dinámicas de poder en que Heckscher y Froman están insertos evalúen su accionar con

---

<sup>71</sup> TASIOLAS, 2009, pp. 334–336.

<sup>72</sup> Carlos Nino es explícito en establecer esta analogía entre el método científico y el discurso moral (en el marco del cual, como vimos, identifica al discurso jurídico): NINO, 2013, pp. 56–58.

<sup>73</sup> PELLET, 2012, párr. 238; TALMON, 2015a, p. 21; TAMS, 2015, p. 70.

<sup>74</sup> PELLET, 2012, párr. 238; TAMS, 2015, p. 70.

mayor claridad, y (re)consideren su apoyo a una u otra posición. Volveré sobre este punto más adelante.

## **2.2. Discurso moral e interpretación de tratados: una reconstrucción de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena**

Además de ser una solución para los problemas prácticos del proceso de identificación de la costumbre internacional, el método constructivo tiene también la capacidad de proveer una reconstrucción coherente del método de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

El problema que nuestra intérprete enfrentaba frente a los artículos 31 y 32 de la CVDT era que estos le proveían una multiplicidad de herramientas, y pocas indicaciones acerca de cuál de ellas priorizar en caso de que existieran diferencias entre lo que cada una de ellas indicara. La Comisión de Derecho Internacional sugería, con cierta prescindencia, que “la aplicación de los métodos de interpretación del tratado sería una única operación combinada. Todos los elementos, del modo en que estuvieran presentes en cada caso, deberían ser arrojados a un *crisol*, y su interacción daría la interpretación jurídicamente relevante”<sup>75</sup>.

La incapacidad de las escuelas textualista e intencionalista y de la aproximación *policy-oriented* predominante en la escuela teleológica, para resolver este “problema del crisol”<sup>76</sup> contrasta con la respuesta clara que puede proveer el método constructivo a esta cuestión<sup>77</sup>. Los pasos son sencillos. Primero, en la etapa *preinterpretativa*, nuestra

---

<sup>75</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, Vol. II, p. 187-274 párrafo 8, énfasis añadido por mí.

<sup>76</sup> Véase la discusión del capítulo anterior.

<sup>77</sup> Para una defensa de esta idea aplicada al caso de la Convención Europea de Derechos Humanos, véase LETSAS, 2007, 2010. El propio Ronald Dworkin presentó, en su artículo sobre filosofía del derecho internacional, una interpretación de la Carta de las Naciones Unidas que puede ser reconstruida en estos términos. El caso que Dworkin estudia es uno muy discutido a principios de este siglo: el de la legalidad de la intervención de la OTAN en Kosovo, en la ex Yugoslavia, en 1999. En esa ocasión, como es bien sabido, los aliados occidentales bombardearon posiciones del gobierno serbio de Slobodan Milošević con el fin de preservar la integridad de los ciudadanos albano-kosovares que estaban siendo atacados por motivos étnicos. El problema fue que la intervención de la OTAN se realizó sin autorización del Consejo de Seguridad, lo que llevó a autores como Thomas Franck a calificar la acción como una moralmente justificada, pero jurídicamente injustificada (FRANCK, 1999). En su artículo, Dworkin disiente con Franck, y explica que sus diferencias están basadas en una interpretación distinta del artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas (DWORKIN, 2013, p. 23). Mientras que para Franck este artículo debe ser leído a la luz de la prohibición del uso de la fuerza y el ideal de la coexistencia pacífica, para Dworkin debe ser leído considerando “la responsabilidad moral que las naciones tenían al crear [la Organización de las Naciones Unidas, es decir,] la responsabilidad de proteger a las personas de los peligros del sistema westfaliano de soberanía aislada” (DWORKIN, 2013, p. 23). La diferencia entre Dworkin y Franck puede entenderse en

intérprete debe considerar una serie de elementos empíricos indicados en la CVDT, tales como el sentido corriente del texto, su contexto, la práctica ulterior de las partes, y otras reglas relevantes de derecho internacional<sup>78</sup>. En este paso, la yuxtaposición de métodos interpretativos no es aún un problema, porque lo único que nuestra intérprete debe hacer es recolectar la información, y establecer -a partir de ella- un rango de respuestas posibles a la pregunta interpretativa. Luego, en la etapa *interpretativa*, nuestra intérprete debe considerar los elementos normativos previstos en la propia CVDT, tales como una aproximación de buena fe a la pregunta interpretativa, y una consideración del objeto y fin del tratado<sup>79</sup>. Estas consideraciones -que, como vimos, se enmarcan necesariamente en el discurso moral- serán las que sirvan de guía para resolver el problema interpretativo. En la tercera etapa, *postinterpretativa*, se encuentra la solución al “problema del crisol”: nuestra intérprete debe elegir aquella interpretación de aquellas disponibles en el rango identificado en la primera etapa (dimensión del ajuste) que sea la más coherente con la apreciación moral del sistema identificada en la segunda etapa (dimensión de la sustancia).

En suma, como en el caso de la costumbre, este método permite identificar adecuadamente el nivel del desacuerdo interpretativo respecto del tratado, y presentar argumentos más convincentes para intentar resolverlo. Este desacuerdo puede darse en el plano empírico -por ejemplo, acerca de si una cierta lectura puede ser razonablemente entendida como “sentido corriente”, o no-, y en ese caso los intérpretes deberán disputar a partir de referencia a hechos sociales, como las convenciones lingüísticas vigentes. Pero también puede darse en el plano normativo, y en ese caso los intérpretes deberán disputar no hechos sociales, sino sus concepciones del propósito del tratado, y del sistema jurídico internacional más generalmente.

---

función del nivel de abstracción en las intenciones: Franck lee el propósito de un modo más textual, a partir de la Carta, y Dworkin lo lee un escalón más arriba, pensando en los fines más genéricos de la creación de la Organización. En la medida en que ambas interpretaciones sean viables a partir del texto de la Carta — es decir, que exista un desacuerdo razonable al respecto—, la dimensión del “ajuste” deja de ser relevante, y todo pasa a depender de la dimensión de la “sustancia”. En otras palabras, la discusión entre Dworkin y Franck es en esencia una discusión de filosofía política, en la que se discute cuál es la mejor lectura de los propósitos del sistema jurídico internacional.

<sup>78</sup> CVDT, artículo 31.

<sup>79</sup> CVDT, artículo 31.

## II. DESACUERDO NORMATIVO SIN DISCURSO MORAL: ALGUNAS RESPUESTAS A LAS CRÍTICAS DEL POSITIVISMO NORMATIVO A LA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

En la filosofía del derecho, existe una corriente que acepta la centralidad del desacuerdo normativo para la interpretación jurídica, al igual que la aproximación constructiva que aquí defiendo, pero que niega que ello requiera la incorporación de consideraciones morales en cada instancia de interpretación del derecho, como defendí en la sección anterior. Este “positivismo normativo”, entonces, “intenta convencernos que es mejor ver al derecho de forma positivista”<sup>80</sup> o, en otras palabras, que “la separabilidad de derecho y moralidad, o la separabilidad del razonamiento jurídico y el razonamiento moral, es algo positivo, incluso quizás indispensable (desde un punto de vista moral, social o político), y ciertamente algo a ser valorado y fomentado”<sup>81</sup>. Para ponerlo de otro modo: quienes adhieren a esta tradición reconocen que los desacuerdos jurídicos pueden ser en última instancia desacuerdos morales, pero en lugar de sopesar los argumentos normativos en cada caso, remiten siempre a un único principio moral definido de antemano<sup>82</sup>. Ese principio sostiene que -sea cual sea el desacuerdo- los participantes de la práctica argumentativa deben encontrar la forma de resolverlo sin recurrir a razones morales, basándose exclusivamente en argumentos empíricos.

---

<sup>80</sup> MURPHY, 2008, p. 1108.

<sup>81</sup> WALDRON, 2001, p. 411. Para expresiones del positivismo normativo, en general, véanse, BESSON & MARTÍ, 2009, pp. 31–36; CAMPBELL, 1996; CELANO, 2013; MACCORMICK, 1985; MARTÍ, 2008a; MURPHY, 2001, 2005; SCHAUER, 1996, 2005; WALDRON, 2001. Véase también DICKSON, 2001, p. 87.

<sup>82</sup> En realidad, existen dos argumentos: una versión *débil* y una versión *fuerte* de por qué el juicio normativo es relevante para la cuestión del concepto de derecho. La (i) versión *débil*, defendida por Frederick Schauer, es que el derecho es en realidad una construcción social y que, por lo tanto, no hay nada que el derecho sea necesariamente. Por el contrario, el concepto de derecho es contingente: “cambia a lo largo del tiempo, y es mejor entendido como emergiendo a través de un proceso continuo de construcción y reconstrucción”. Dada esta contingencia, los filósofos del derecho no deberían estar preocupados solamente -como Hart en el Postscript a *The Concept of Law*- con la tarea “descriptiva y moralmente neutra” de entender lo que una cierta comunidad en un cierto momento entiende como derecho, sino también con concebir lo que el derecho *puede ser*, y entonces argumentar lo que *debería ser*. Por el contrario, la (ii) versión *fuerte* del argumento, defendida por Liam Murphy en sus trabajos más recientes, sostiene que el derecho es “un concepto esencialmente disputado” y que, por lo tanto, una descripción no evaluativa del derecho es una tarea imposible. Desde esta perspectiva, la pregunta normativa acerca de qué debería ser el derecho no solamente es válida, sino que es en realidad indispensable – y simultáneamente, es una respecto de la cual nunca estaremos de acuerdo. Para la versión débil, véase SCHAUER, 2005, p. 498. Según me comentó Liam Murphy, él identifica su primer artículo sobre el tema con esta versión del argumento: véase MURPHY, 2001. Para la versión fuerte, véase MURPHY, 2005, 2008; PERRY, 2001. Para un panorama general de cómo lidiaron los académicos internacionalistas con esta cuestión, véase CAPPS, 2009, Capítulo 4. Para un antecedente de estas ideas en la academia internacionalista (argumentando que “debemos desautorizar la premisa básica de estos teóricos de que el derecho tiene un único significado que puede ser descubierto”), véase D’AMATO, 1970, p. 259.

En el pasado (relativamente) reciente, los juristas internacionales también han empezado a considerar abiertamente (aunque algo tímidamente aún<sup>83</sup>) la cuestión de la deseabilidad de la separación entre derecho y moralidad en la interpretación del derecho internacional<sup>84</sup>. Esto no quiere decir que las aproximaciones positivistas no tuvieran significación en la academia internacionalista antes de eso. Por el contrario, el positivismo es considerado desde hace tiempo “la metodología dominante -la *lingua franca*- del derecho internacional”<sup>85</sup>. Lo que sucede es que, como vimos, los juristas internacionales clásicos mostraban poco interés por debates teóricos de este tipo<sup>86</sup>, y estas discusiones solo podían encontrarse leyendo entre líneas de sus argumentos<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Esta línea de pensamiento puede todavía ser considerada incipiente en el derecho internacional. Es notable, por ejemplo, que el “positivismo normativo” está ausente de la entrada sobre “positivismo jurídico” de la enciclopedia de derecho internacional más importante. Véase LACHENMANN, 2011.

<sup>84</sup> El primer paso hacia el positivismo normativo, al igual que en la filosofía del derecho a nivel nacional, fue (i) establecer una primera premisa que reconoce “el significado político” de los conceptos de derecho (KINGSBURY, 2009b, p. 26). Autores como Benedict Kingsbury y Jean D’Aspremont tomaron ideas de, por ejemplo, Liam Murphy y Jeremy Waldron, y sostuvieron que el positivismo (o el “formalismo”, en términos de D’Aspremont: D’ASPREMONT, 2011, pp. 26–27) es “una de las múltiples opciones políticas disponibles para los abogados (internacionalistas) -y particularmente para los juristas- que deciden asumir la indeterminación del derecho” (D’ASPREMONT, 2011, p. 143). Por lo tanto, uno de los roles de los juristas internacionales es proveer argumentos normativos acerca de cuál de los múltiples conceptos de derecho es preferible, algo que es “particularmente importante en situaciones en las cuales no hay un único agente que pueda resolver decisivamente el asunto en términos prácticos, incluso *pro tanto*” (KINGSBURY, 2009b, p. 26). El segundo paso de estos autores (ii) fue dar razones en favor de un concepto positivista del derecho internacional. No obstante, debe notarse, lo hicieron de un modo poco orgánico (es decir, sin identificarse a sí mismos como miembros de una determinada escuela de pensamiento), y con entendimientos bastante diversos de lo que significa el positivismo. Jean D’Aspremont, por ejemplo, defiende la separación entre derecho y moral solo en el contexto de la identificación del derecho, pero no necesariamente en el de la determinación del contenido del derecho (véase D’ASPREMONT, 2011, pp. 142–146, 2012, p. 368, 2014, pp. 114, 133, 135, 144; para un análisis, véase CAPPS, 2014, pp. 213, 224). Y Benedict Kingsbury ha descrito una regla de reconocimiento para el derecho internacional que es muy demandante en términos sustantivos, por la cual muchos han cuestionado su afiliación con el positivismo (véase, por ejemplo, CAPPS, 2014, pp. 236–239; PAUWELYN, 2012, pp. 125, 138; SOMEK, 2010, p. 991).

<sup>85</sup> RATNER, 2011, p. 155. O, al menos, ha sido una porción significativa de una práctica argumentativa que ha oscilado de hecho entre el positivismo y el anti-positivismo: véase, famosamente, KENNEDY, 1987; KOSKENNIEMI, 2005 (y véase también la discusión del comienzo de este capítulo).

<sup>86</sup> En las entrevistas que Cassese les hizo a “cinco maestros del derecho internacional”, encontró que “todos estos académicos parecían tener una suerte de desconfianza instintiva -o, al menos, una falta de interés- en la filosofía del derecho internacional (A. CASSESE, 2011, p. 252). Véase también LEFKOWITZ, 2010, p. 191. Jeremy Waldron ha notado también que la falta de interés era evidente en el otro extremo, en la filosofía general del derecho: “el abandono del derecho internacional en la filosofía del derecho analítica moderna no es menos que escandaloso. Se trata de la cuestión teórica del momento; hay un intenso debate en la academia jurídica acerca de la naturaleza y el carácter del derecho internacional consuetudinario, por ejemplo. Los filósofos del derecho analíticos parecen no haberse dado cuenta de esto, incluso cuando es evidente que pueden tener una contribución sustantiva para realizar” (WALDRON, 2008b, p. 69).

<sup>87</sup> En efecto, lo que es probablemente la primera obra explícita de positivismo normativo internacional (KINGSBURY, 2002b) es un intento de leer este tipo de argumentos entre las líneas de la argumentación positivista clásica.

El propósito de esta sección es reconstruir estos argumentos del positivismo normativo (nacional e internacional) como críticas a la aproximación constructiva a la interpretación, e intentar responderlas. En lo que sigue, consideraré, primero (1) cinco argumentos tradicionales del positivismo normativo, que aplicados al derecho internacional pueden ser leídos como críticas de este tipo y, luego, (2) dos argumentos elaborados por esta incipiente corriente de juristas internacionales específicamente con el derecho internacional en mente. En todos los casos, intentaré probar que los argumentos no son exitosos y que el método constructivo resuelve de forma más adecuada los desacuerdos propios del derecho internacional.

## **1. LOS PROBLEMAS DE LOS ARGUMENTOS TRADICIONALES DEL POSITIVISMO NORMATIVO CUANDO SE LOS APLICA AL DERECHO INTERNACIONAL**

### **1.1. La amenaza de quietismo respecto de los materiales jurídicos**

La primera “amenaza” que los positivistas normativos han identificado en hacer converger el razonamiento jurídico y el razonamiento moral es que las y los ciudadanos que adopten esta práctica permanecerán “quietos” o “en silencio” frente a ciertas normas que ellos mismos consideren moralmente problemáticas<sup>88</sup>. “Si las personas piensan que una norma mala no es realmente una norma, o que nada llega a ser una norma a menos que fluya de la mejor forma moral de leer los materiales jurídicos”, explica Liam Murphy, “estarán menos inclinados a sujetar lo que el régimen jurídico presenta como derecho -el derecho aparente- a una evaluación crítica”<sup>89</sup>. El positivismo, en cambio, es inherentemente progresista, sostiene Frederick Schauer, porque permite la crítica y la reforma<sup>90</sup>. Por el contrario, “tomar al derecho y la moralidad como necesariamente unidos es correr el riesgo de minimizar el espacio moral entre los productos que la legalidad nos ha dado hasta hoy, y los fines que querríamos que cumpliera un sistema ideal”<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Para versiones de este argumento, véase MACCORMICK, 1985, p. 10; MURPHY, 2001, p. 388, 2005, p. 10; SCHAUER, 1996; WALDRON, 2001, p. 415. Véase también DICKSON, 2001, p. 87.

<sup>89</sup> MURPHY, 2001, p. 388, 2005, p. 10. Véase también la descripción de Waluchow del argumento de Hart: WALUCHOW, 1998, p. 398.

<sup>90</sup> SCHAUER, 1996, p. 37.

<sup>91</sup> SCHAUER, 1996, p. 46.

Este tradicional argumento benthamiano<sup>92</sup> -que algunos también le atribuyen a Hart<sup>93</sup>- fue también tomado por los positivistas normativos internacionales<sup>94</sup>. Jean D'Aspremont sostiene que “cualquier crítica del derecho -moral, económica, política, etc.- presupone que las reglas jurídicas pueden ser identificadas preliminarmente. Sin identificación, simplemente no puede haber crítica, por falta de objeto”<sup>95</sup>. Jochen von Bernstorff, en tanto, argumenta que “las aproximaciones moralistas tienden a otorgarles a ciertas reglas jurídicas internacionales concretas una dignidad que a veces no merecen”<sup>96</sup>. Siguiendo a Schauer, advierte que los académicos constructivistas “corren el riesgo de darle a ciertas normas moralmente cargadas del derecho internacional, a partir de motivos bien intencionados, un peso específico mayor del que realmente tienen en la práctica jurídica”<sup>97</sup>. Para estos académicos, el constructivismo puede tornarse en “una fachada sin efectos duraderos en la práctica jurídica, una fachada detrás de la cual la política internacional y las estructuras económicas irrestrictas continúan operando como de corriente”<sup>98</sup>.

Aun cuando este argumento pueda ser atractivo en democracias liberales con estructuras de poder centralizadas y receptivas, su aplicación al derecho internacional es, en mi opinión, mucho más complicada. Primero, el derecho internacional sufre de un “déficit democrático” por el cual la influencia real de los ciudadanos en el proceso de creación de normas es, al menos, no tan significativo como a nivel doméstico<sup>99</sup>. El tamaño del *demos* es una razón para ello, pero el impactante número de Estados no democráticos,

---

<sup>92</sup> Véase POSTEMA, 1986, p. 328.

<sup>93</sup> En el siguiente pasaje es donde Hart se aproxima más a esta idea: “Mientras los seres humanos logren suficiente cooperación de algunos para que les permita dominar a otros, utilizarán las formas del derecho como uno de sus instrumentos. Los hombres malvados aprobarán reglas malvadas que otros ejecutarán. Lo que seguramente se necesita para que los hombres vean con claridad y pueden enfrentar el abuso oficial del poder, es que preserven el sentido de que la certificación de algo como jurídicamente válido no es definitivo en relación a la cuestión de la obediencia y que, sea cual sea el gran auro de majestad o autoridad que tenga el sistema oficial, sus demandas deben finalmente ser sometidas a un escrutinio moral” (HART, 1994, p. 210). Véase también, por ejemplo, MACCORMICK, 1985, p. 10; WALUCHOW, 1998, p. 398.

<sup>94</sup> D'ASPREMONT, 2011, p. 35, 2014, p. 147; VON BERNSTORFF, 2010, pp. 254, 270.

<sup>95</sup> D'ASPREMONT, 2014, p. 147.

<sup>96</sup> VON BERNSTORFF, 2010, p. 270.

<sup>97</sup> Entonces, “en sus intentos de empujar el desarrollo del derecho en una dirección progresiva, pueden inconscientemente ser cómplices de abusos retóricos de estas normas en la política internacional” (VON BERNSTORFF, 2010, p. 254).

<sup>98</sup> VON BERNSTORFF, 2010, p. 254.

<sup>99</sup> Véase, al respecto, la discusión del capítulo 1.

y el hecho de que todavía un número importante de decisiones son tomadas por funcionarios que no fueron elegidos popularmente, detrás de puertas cerradas, en lugares lejanos, y hablando en términos que son difíciles de comprender sin traductores adecuados, son probablemente los factores cruciales<sup>100</sup>. Por lo tanto, dado que las chances para los ciudadanos de lograr una reforma del derecho internacional son significativamente más escasas que a nivel nacional, prevenir a nuestra intérprete de mejorar la lectura de una cierta regla para inducirla a que busque reformarla puede no ser la mejor alternativa.

Segundo, a diferencia de lo que suele ocurrir a nivel nacional, donde el derecho es creado a través de procesos legislativos centralizados, el desarrollo del derecho internacional a través de reinterpretaciones es bastante habitual. Esto es evidente en el caso de la costumbre internacional, dado que lo que los funcionarios estatales (y quizás lo que otros actores) interpretan que son sus obligaciones determina cómo la práctica y la *opinio juris* -es decir, el derecho- cambiará en el futuro. Pero esto también ocurre en el caso de la interpretación de tratados. En efecto, la Convención de Viena le asigna un rol prominente en la interpretación de tratados a la “práctica ulterior en la aplicación del tratado”<sup>101</sup>. Como explica Oliver Dörr, dado que “las partes son las dueñas de su tratado”, la práctica ulterior constituye una “interpretación auténtica del tratado”, de algún modo “difuminando la línea entre interpretación y enmienda”<sup>102</sup>. Por estas razones, aquellos que defienden nuevas interpretaciones de las reglas de derecho internacional -sean consuetudinarias o convencionales- pueden estar, simultáneamente, defendiendo una cierta reforma de estas reglas. En este caso, pedir una aproximación positivista puede ser pedir por quietismo, y no a la inversa.

## **1.2. La amenaza de quietismo respecto del sistema jurídico**

La segunda razón presentada por los positivistas normativos para separar el derecho de la moral es que el constructivismo puede incentivar el quietismo, esta vez no respecto

---

<sup>100</sup> Véase, al respecto, la discusión del capítulo 7.

<sup>101</sup> CVDT, art. 31.3.b.

<sup>102</sup> DÖRR, 2012, p. 555. Como explica Mark Villiger, esto “provee la interpretación ‘correcta’ *ex hypothesi* entre las partes, en el sentido de que determina cuál de los varios sentidos corrientes habrá de aplicar” (VILLIGER, 2009, pp. 431–432).



de normas específicas, sino del sistema jurídico como un todo<sup>103</sup>. “Cuando caracterizamos las acciones injustas del régimen como errores sobre el orden jurídico”, dice Murphy, “en realidad mostramos al régimen jurídico en una luz positiva, porque lo que estamos diciendo, en efecto, es que el sistema jurídico está siendo erróneo respecto de su verdadera (y justa) naturaleza”<sup>104</sup>. Esto, a su vez, incentiva una actitud quietista respecto del sistema, que se presume como inherentemente moral. Por el contrario, “el positivismo tiende a promover una sana actitud crítica respecto del Estado”<sup>105</sup>. Para los positivistas normativos, como dice Schauer, “ninguna otra posición más que el positivismo permite una actitud escéptica respecto de las instituciones jurídicas que se han desarrollado durante milenios, y respecto de las presunciones igual de antiguas de que las normas y sus instituciones acompañantes son igualmente deseables”<sup>106</sup>.

Los positivistas normativos internacionales también han adoptado este tipo de argumentos<sup>107</sup>. D’Aspremont sostiene, por ejemplo, que el abandono de la formalidad en la identificación del derecho que propone cierta parte de la filosofía del derecho internacional “da la impresión de que la reforma jurídica puede ser lograda en unas pocas facultades de derecho y tribunales, y no en los parlamentos, los órganos gobernantes de organizaciones internacionales, y los foros intergubernamentales de creación de derecho”<sup>108</sup>. Por lo tanto, donde debería haber pedidos de reforma, hay quietismo. En cambio, para él, “la identificación formal del derecho no solo preserva la posibilidad de la crítica, sino que también ayuda a salvaguardar la utilidad de nuestras evaluaciones respecto del Estado actual del derecho”<sup>109</sup>.

Es cierto que percibir más claramente los defectos del derecho internacional puede ayudar a que los ciudadanos adopten una postura más crítica respecto de él. No obstante, primero, la estrategia de rechazar mejoras concretas en el derecho en el nombre de la tarea

---

<sup>103</sup> Para versiones de este argumento, véase, por ejemplo, MACCORMICK, 1985, p. 38; MURPHY, 2001, p. 392, 2005, pp. 9, 11, 2014, pp. 74–75; SCHAUER, 1996, pp. 42–43.

<sup>104</sup> MURPHY, 2001, p. 392.

<sup>105</sup> MURPHY, 2014, pp. 74–75.

<sup>106</sup> SCHAUER, 1996, pp. 42–43.

<sup>107</sup> Véase, por ejemplo, BECKETT, 2001, p. 644; D’ASPREMONT, 2011, p. 35; VON BERNSTORFF, 2010, p. 268.

<sup>108</sup> D’ASPREMONT, 2011, p. 35.

<sup>109</sup> D’ASPREMONT, 2011, p. 35.

claramente más difícil de lograr una reforma completa del sistema -que es aún más difícil de lograr internacional que nacionalmente, por las razones antes enumeradas- parece moralmente problemática, dado que puede usar a ciertos individuos -aquellos que se beneficiarían de las mejoras concretas con una interpretación constructiva- como medios para un fin incierto. Y luego, segundo, como reconoce Liam Murphy, “una actitud crítica respecto del derecho parece obviamente deseable en ciertas comunidades políticas estables y más o menos homogéneas, como lo ha sido Noruega durante los últimos cien años, pero es difícil negar que, en determinados momentos y lugares, una actitud quietista respecto del Estado puede ser para mejor”<sup>110</sup>. En el caso del derecho internacional, esto es importante, ya que (i) la efectividad del régimen depende mucho más significativamente en su reputación que su contraparte local, y (ii) las deficiencias -reales- del sistema, son frecuentemente usadas por excusas por funcionarios estatales para operar en el ámbito claramente subóptimo de la anarquía internacional.

Tomemos el ejemplo de la Corte Penal Internacional y las órdenes de arresto emitidas contra el dictador Omar al-Bashir, de Sudán. Al-Bashir fue procesado en 2009 y 2010 por crímenes de lesa humanidad cometidos por su gobierno en la región de Darfur<sup>111</sup>. Como presidente de su país, al-Bashir ha viajado, desde entonces, a un número de cumbres y reuniones alrededor del mundo. Los funcionarios de los Estados miembros del Estatuto de Roma que al-Bashir ha visitado han tenido un dilema interpretativo: mientras que estaban obligados por el tratado a arrestar y entregar al presidente al-Bashir<sup>112</sup>, también existen reglas consuetudinarias que le dan inmunidades funcionales a los jefes de Estado, las cuales pueden constituir -en algunas lecturas del derecho- una excepción a esta obligación<sup>113</sup>. Hasta el momento, ninguno de los numerosos Estados que visitó ha intentado arrestarlo. Por el contrario, algunos pocos líderes africanos han usado la oportunidad para criticar la legitimidad de la Corte, llamándola la “Infame Corte

---

<sup>110</sup> MURPHY, 2014, p. 75.

<sup>111</sup> Véase, generalmente, AKANDE, 2009; DE WAAL & STANTON, 2009; GAETA, 2009; WILLIAMS & SHERIF, 2009

<sup>112</sup> Estatuto de Roma, artículo 89(1): “La Corte podrá transmitir, junto con los antecedentes que la justifiquen de conformidad con el artículo 91, una solicitud de detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitará la cooperación de ese Estado. Los Estados Partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega de conformidad con las disposiciones de la presente parte y el procedimiento establecido en su derecho interno.”

<sup>113</sup> Véase Corte Internacional de Justicia, *Orden de Arresto del 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), 2002 I.C.J. 3 (14 de febrero).

Caucásica”<sup>114</sup>. Aunque puede ser cierto que la Corte es selectiva en sus investigaciones, y que todo el sistema penal internacional se beneficiaría de una reforma general, parece problemático usar a los ciudadanos de Sudán -rehenes del régimen dictatorial de Bashir-, y particularmente las víctimas de sus crímenes en Darfur, como un medio para enviar este mensaje. Si es cierto que la mejor interpretación del derecho internacional es una que obliga a los Estados a arrestar a Bashir, creo que deberían hacerlo, aun cuando esto implique adoptar una postura no crítica respecto del (problemático) Estado actual del sistema jurídico internacional.

### **1.3. La amenaza del imperialismo judicial**

El tercer miedo clásico de los positivistas normativos es que la convergencia de juicios morales y jurídicos puede darles a los jueces demasiada discreción y, por lo tanto, demasiado poder. Particularmente en aquellos Estados en que los jueces pueden controlar la constitucionalidad de la legislación, tiene sentido preocuparse por el poder de un grupo de jueces de “reescribir las palabras de un documento jurídico en cualquier momento en que piensen que el texto actual es ilógico u obsoleto o inconsistente con valores jurídicos o constitucionales más importantes o más profundos”<sup>115</sup>.

No obstante, y pese a los miedos de ciertos juristas internacionales respecto de la “imposición de valores”<sup>116</sup>, esto no parece ser un problema significativo en la esfera internacional, por tres razones. Primero, como he venido sugiriendo, una parte importante de la interpretación del derecho internacional -y la mayor parte de la más importante- no es realizada por jueces, sino por funcionarios públicos y burocracias internacionales<sup>117</sup>. Tiene sentido, entonces, mover la atención de la filosofía del derecho más allá del rol de los jueces, y hacia el proceso interpretativo general de la multitud de actores presentes en el sistema. De hecho, la pregunta de restringir el poder y la discreción de los jueces puede ser una pregunta totalmente distinta de la pregunta interpretativa que abordo aquí: la interpretación apropiada del derecho internacional puede ser una, pero podemos exigirles

---

<sup>114</sup> Por las iniciales de la CPI en inglés, ICC. Véase: <http://www.aljazeera.com/news/2016/10/icc-debate-africa-infamous-caucasian-court-161028142708060.html>.

<sup>115</sup> SCHAUER, 2008, p. 434

<sup>116</sup> BECKETT, 2001, p. 637

<sup>117</sup> Sobre este punto, véase, generalmente, y con argumentos distintos, ALVAREZ, 2017; VENZKE, 2012.

a los jueces, la tarea menos exigente de simplemente “evaluar justificaciones”<sup>118</sup>. En otras palabras, una cierta teoría de la interpretación -como la que estudio aquí- puede ser completamente independiente de una teoría respecto de la revisión judicial: aunque hay conexiones evidentes, son dos discusiones independientes, separadas.

Segundo, aunque los jueces internacionales tengan, en ciertas ocasiones, el poder de determinar el desarrollo de ciertas áreas del derecho, este poder no es equivalente al poder de los jueces que realizan un control judicial de constitucionalidad en la esfera nacional. De acuerdo con las formulaciones tradicionales de la “objeción contramayoritaria”, el control judicial de constitucionalidad es problemático porque es “final”, o “constitucional”, es decir, cuando resuelve una cuestión de modo tal que esta no queda sujeta a revisión por el proceso político ordinario<sup>119</sup>. No obstante, la mayor parte de las decisiones de los tribunales internacionales no puede ser caracterizada como “final” o “constitucional”, dado que los Estados en general retienen la posibilidad de reformar aquellos aspectos del derecho internacional que hayan sido interpretados por los tribunales de una manera que no los conforme<sup>120</sup>. El siguiente ejemplo es ilustrativo. En 1974, la Corte Internacional de Justicia identificó la cristalización de dos reglas de costumbre internacional: una dándoles a los Estados una zona de pesca exclusiva de 12 millas marinas, y otra dándoles a los Estados costeros derechos preferenciales más allá de esas 12 millas<sup>121</sup>. La Corte hizo esto “sin citar ninguna instancia concreta de práctica estatal”<sup>122</sup>, y sin demasiada justificación empírica. Pese a que la decisión generó cierto revuelo, la reacción de la comunidad internacional fue adoptar la primera de estas dos reglas, pero rechazar la segunda y establecer una distinta en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, que fue firmada ocho años después<sup>123</sup>. “La importancia

---

<sup>118</sup> Mattias Kumm sostiene que, en el contexto específico de los derechos humanos, “necesitamos una re-caracterización de qué es lo que hacen los tribunales cuando evalúan si las autoridades públicas han violado derechos. Los tribunales no solo aplican reglas o interpretan principios. También evalúan justificaciones. Llamémosle a esto el retorno de la interpretación a la justificación” (KUMM, 2010, p. 144). Véase también KUMM, 2007.

<sup>119</sup> BICKEL, 1986, p. 20; ELY, 1980, p. 4; NINO, 1996, Capítulo 6

<sup>120</sup> El caso problemático es ciertamente el de la interpretación de normas de *jus cogens*, y Prosper Weil puede tener razón en cuanto a que los tribunales deberían limitarse en su utilización de este instituto.

<sup>121</sup> Corte Internacional de Justicia, *Jurisdicción de Pesquerías* (Reino Unido c. Islandia), 1974 I.C.J. 3 (18 de diciembre), párrafo 53.

<sup>122</sup> BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 280.

<sup>123</sup> Véase la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Parte V. Véase también CHARNEY, 1985.

de los tribunales internacionales en el proceso de creación de derecho internacional depende del peso que se les dé a sus decisiones”<sup>124</sup>, dicen Alan Boyle y Christine Chinkin. “Si los Estados (y otros actores internacionales) aceptan sus decisiones y construyen práctica en torno a ellas, entonces su impacto en términos de creación de derecho es sustancial”<sup>125</sup>; no obstante, si no lo hacen “la decisión puede ser marginalizada, ser vista como excepcional, y tener un efecto mínimo en la creación de derecho”<sup>126</sup>.

Finalmente, el derecho internacional ha desarrollado otro mecanismo de frenos y contrapesos para los tribunales internacionales. Dada la proliferación de cortes internacionales, y el proceso de “fragmentación” del derecho internacional, los tribunales se ven obligados -más que sus pares nacionales- a establecer procesos de diálogo judicial con otros tribunales. A diferencia de lo que ocurre con, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, aquellos actores que no están contentos con la interpretación de un cierto texto por parte de un tribunal pueden presentar su caso frente a otro, y en algunas ocasiones, ser exitosos<sup>127</sup>. Aunque esto pueda generar ciertos problemas autónomos, en los hechos constituye otro límite al poder de los jueces internacionales.

#### **1.4. La amenaza de la reforma antidemocrática**

El cuarto argumento de los positivistas normativos está basado en la teoría de la democracia. El argumento es que los intérpretes -sean jueces, funcionarios estatales, funcionarios de organizaciones internacionales, o ciudadanos- no deberían poder reformar lo que ha sido decidido a través del proceso democrático inoculando sus propias consideraciones morales en el derecho. Más específicamente, como sugiere Waldron, el demócrata “querrá separar la proposición de que una cierta norma fue adoptada del modo correcto de la proposición de que fue correcto adoptar cierta norma”<sup>128</sup>. En relación a la esfera internacional, Jason Beckett afirma que el constructivismo, en lugar de basarse en los valores que son reconocidos por la norma misma, “provee el camino para que la ‘oligarquía internacional’ temida por Weil puede sistemáticamente implantar sus valores

---

<sup>124</sup> BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 300.

<sup>125</sup> BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 301.

<sup>126</sup> BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 301.

<sup>127</sup> Véase, generalmente, DUPUY & VIÑUALES, 2013; ULFSTEIN, 2009.

<sup>128</sup> WALDRON, 2008a, p. 38.

respecto del orden mundial”<sup>129</sup>. Para él, en cambio, el derecho internacional “debería ser acerca del descubrimiento -o negociación- de puntos en común, no la imposición de un sistema unitario de derecho presentado como una universalidad. Solo una teoría positivista puede cumplir con este desafío”<sup>130</sup>.

Una vez más, este argumento no es tan fuerte en la esfera internacional, por dos razones. Primero, como mencioné anteriormente, las credenciales democráticas del proceso de creación del derecho internacional son menos convincentes que las de su contraparte nacional. Pero, además, en cualquier caso, la lectura constructivista de ciertas reglas debería ser más sensible a la legitimidad democrática de esas reglas que el positivismo. Tomemos, de nuevo, el ejemplo de la situación entre al-Bashir y la CPI. En un caso como este, creo que nuestra intérprete debería considerar en su análisis que, por un lado, el Estatuto de Roma fue el resultado de negociaciones abiertas, deliberativas y transparentes, en las que la sociedad civil tuvo un rol significativo, y que luego fueron refrendadas por numerosos congresos alrededor del mundo, mientras que, por otro lado, la práctica de otorgar inmunidad funcional a los jefes y jefas de Estado es una costumbre desarrollada en los tiempos de reyes y reinas<sup>131</sup>. Para un positivista, estas dos reglas son normas equivalentes de derecho internacional, dado que ambas pasan el test de todo o nada de la regla de reconocimiento; un constructivista, en cambio, puede ser mucho más sensible a los diferentes grados de legitimidad democrática en su análisis de las reglas<sup>132</sup>.

### **1.5. El riesgo de no lograr coordinación**

Finalmente, las y los positivistas normativos le adscriben a la separación del razonamiento jurídico del razonamiento moral un valor en términos de coordinación<sup>133</sup>. Para Neil MacCormick, “una razón principal para justificar el recurso al derecho y la legislación es, precisamente, procurar un acuerdo práctico de disputas prácticas de un modo más claro y preciso que el que podría ser generado por un debate moral abstracto al nivel de principios últimos e incontestables”<sup>134</sup>. Gerald Postema está de acuerdo: “pese

---

<sup>129</sup> BECKETT, 2001, p. 641. Véase también la descripción del argumento en CAPPS, 2014, p. 232.

<sup>130</sup> BECKETT, 2008, p. 80.

<sup>131</sup> MALLORY, 1986.

<sup>132</sup> Sobre la idea de que la legitimidad democrática es gradual, véase NINO, 1996, p. 140.

<sup>133</sup> MACCORMICK, 1985, p. 29; POSTEMA, 1996, p. 80; WALDRON, 2004a, p. 367.

<sup>134</sup> MACCORMICK, 1985, p. 29.

a que la aspiración última del derecho puede ser la justicia, su fin próximo y tarea distintiva es proveer un marco de razonamiento práctico destinado a unificar el juicio político público y coordinar las interacciones sociales”<sup>135</sup>.

La importancia de la separación entre el derecho y la moral para lograr coordinación ha sido resaltada también, con cierto énfasis, por los positivistas normativos internacionales. Kingsbury menciona que, para Lassa Oppenheim, “la necesidad de una articulación con autoridad de las reglas internacionales necesita construir instituciones capaces de determinar el contenido de una regla jurídica aun cuando existan desacuerdos sobre los principios de justicia relevantes”<sup>136</sup>. Una idea similar está presente en el razonamiento de Prosper Weil, quien afirma que “la neutralidad ideológica también es necesaria para garantizar la coexistencia de entidades heterogéneas en una sociedad pluralista”<sup>137</sup>. Para Jean D’Aspremont, “preservar la normatividad no solo es importante para los doctrinarios, sino también para los diversos operadores jurídicos, dado que tiene implicancias para la capacidad del derecho de cumplir la mayor parte de las funciones que le han sido asignadas”<sup>138</sup>. El formalismo, para él, es crucial, dado que “la imposibilidad de identificar normas jurídicas con suficiente certeza permite un alto grado de subjetividad en la identificación del derecho aplicable, permitiéndoles a los sujetos de las reglas manipularlas más fácilmente”<sup>139</sup>.

El primer capítulo de esta tesis estuvo dedicado a intentar probar no solo que esto no es cierto, sino que ocurre más bien todo lo contrario: al no identificar adecuadamente el tipo de desacuerdos que existen, las miradas positivistas -que limitan las razones válidas solo a argumentos empíricos- no les permiten a las y los intérpretes tener una base común para resolver las disputas interpretativas<sup>140</sup>. La única forma de generar certezas que no

---

<sup>135</sup> POSTEMA, 1996, p. 80. Véase también CAPPS, 2014, pp. 219–221.

<sup>136</sup> KINGSBURY, 2002b, p. 424.

<sup>137</sup> WEIL, 1983, p. 420.

<sup>138</sup> D’ASPREMONT, 2011, p. 31.

<sup>139</sup> D’ASPREMONT, 2011, pp. 35–36.

<sup>140</sup> En efecto, algunos positivistas normativos han reconocido este punto. Larry Alexander y Frederick Schauer aceptan que “el acuerdo por el acuerdo mismo es un valor jurídico, social y moral importante, pero que no obstante nuestras prácticas de reconocimiento existentes inevitablemente ponen este acuerdo en riesgo” (ALEXANDER & SCHAUER, 2009, p. 176). Bruno Celano es más explícito: “Esto, tal cual se lo presenta, es un mito. El mero hecho de que una norma sea adoptada como una norma basada en las fuentes, por sí mismo, no resuelve desacuerdos, ni crea una medida común, ni expresa un juicio público del grupo como un todo” (CELANO, 2013, p. 183).

requiere recurrir a razones morales -es decir, que no requiere *resolver* las disputas interpretativas, sino eliminarlas de raíz- es a través de un aparato coercitivo que les imponga a los sujetos una interpretación determinada de la norma, estableciendo claramente cuáles son sus obligaciones, pero sin prestar atención a sus razones (que, en desacuerdos normativos, seguramente serán normativas). Pero, primero, dicho aparato no existe en derecho internacional, haciendo de esta teoría una quimera. No hay ni un tribunal, ni un poder ejecutivo, que pueda proveer esa coerción ni ese nivel de certeza. Y segundo, si bien es cierto que la certeza es un valor asequible por cualquier sistema jurídico, no es el único. Jeremy Waldron explica que aplicar una norma jurídica “incluye prestarle atención a un punto de vista y respetar la personalidad de la entidad con la que uno está lidiando. De este modo, se encarna una idea dignataria crucial— respetar la dignidad de aquellos a los que se les aplican las normas como seres capaces de explicar sus posiciones”<sup>141</sup>. Además del valor de la certeza, entonces, hay un valor en el procedimiento mismo del intercambio de razones (empíricas y/o normativas, según el tipo de desacuerdo del que se trate) que es inherente a cualquier sistema que denominemos jurídico<sup>142</sup>.

## **2. LOS PROBLEMAS DE LOS ARGUMENTOS DEL POSITIVISMO NORMATIVO INTERNACIONAL**

### **2.1. La imposibilidad de probar la existencia de valores compartidos**

Un primer argumento utilizado por los positivistas normativos internacionales para criticar el constructivismo es que no existe ni siquiera un núcleo duro de valores globales a los que se pueda hacer referencia para construir la mejor versión de la práctica internacional<sup>143</sup>. Kingsbury nota que “los conceptos positivistas [del derecho internacional], en los que la fuente de la norma (...) es decisiva para su estatus como derecho, proveen una aceptabilidad de base”<sup>144</sup> que es particularmente importante más allá de las fronteras del Estado dada “la ausencia de acuerdo sobre criterios basados en el contenido (o en la verdad) para determinar qué es derecho, y en la ausencia de una teoría

---

<sup>141</sup> WALDRON, 2011b, pp. 15–16.

<sup>142</sup> “Deberíamos estar incómodos con contar como un sistema jurídico a un sistema que no exhibe tal argumentación y que no provee espacios para ella (...) Y dado que es una parte central de nuestro entendimiento de qué es un sistema jurídico, también debería jugar un rol central en nuestro entendimiento del estado de derecho” (WALDRON, 2008c, p. 57).

<sup>143</sup> BECKETT, 2001, pp. 641, 649, 2008, p. 80; KINGSBURY, 2009b, p. 28; VON BERNSTORFF, 2010, p. 253.

<sup>144</sup> KINGSBURY, 2009b, p. 28.



política acordada (tal como un compromiso primario con la igual consideración y respeto en relación a cada individuo) que pueda apoyar cualquier otra aproximación al derecho”<sup>145</sup> Beckett, en tanto, sostiene que un problema central de aproximaciones como la constructivista “es la inhabilidad de estas escuelas para probar la existencia -y, ni hablar, definir- los valores del orden mundial”<sup>146</sup>. Finalmente, von Bernstorff afirma que “los valores divergentes que son defendidos bajo el término ‘justicia’ en la esfera internacional son solo relativos, y por lo tanto no pueden cumplir un rol fundacional para el derecho internacional. No hay una armonía de intereses en la política internacional que pueda ser expresada por el derecho internacional – la política internacional es un asunto profundamente hostil”<sup>147</sup>.

Hay dos problemas con este argumento. El primero es que, como vimos, al adoptar una perspectiva interna respecto del derecho, nuestra intérprete asume un compromiso con la aspiración a la coherencia del sistema jurídico internacional. Si lo que estos autores afirman fuera cierto, esa coherencia sería imposible, y por lo tanto toda la empresa sería imposible. Si no hay ni un mínimo de valores comunes compartidos, no hay sistema coherente posible. Al adoptar la perspectiva interna, nuestra intérprete parece ya haber hecho ese juicio, considerando que al menos tiene sentido intentar reconstruir esa coherencia. Pero, además, el segundo problema de este argumento es que sencillamente no es cierto, descriptivamente. La historia de los últimos sesenta años muestra que los Estados y los ciudadanos de distintos rincones del planeta han acordado al menos mínimamente en una serie de valores ideales, desde la coexistencia pacífica a la libre determinación, o los derechos humanos. Son valores vagos, es cierto, pero es precisamente este el motivo por el que hay desacuerdos morales y no meramente empíricos en su aplicación: algunas personas ven esos valores generales de un modo, y otros de otro. Y, en cualquier caso, la argumentación moral es un proceso que requiere solamente unos acuerdos previos muy mínimos, en un nivel de abstracción muy alto. En efecto, eso es lo que ocurre en los Estados-nación, en muchos de los cuales los ciudadanos están fuertemente divididos en torno a valores cruciales, y sin embargo cuentan con

---

<sup>145</sup> KINGSBURY, 2009b, p. 28. Un hecho notable respecto del punto de Kingsbury, es que él mismo reconoce, a través de su requisito de “publicidad” (*publicness*) un entendimiento bastante robusto de los valores cruciales procedimentales y sustantivos. Véase la discusión más arriba.

<sup>146</sup> BECKETT, 2001, p. 641.

<sup>147</sup> VON BERNSTORFF, 2010, p. 253.

sistemas jurídicos. En la esfera internacional, la mera existencia de reglas e instituciones con alta aceptación formal es la prueba de que este mínimo acuerdo de valores existe.

## **2.2. La protección de los débiles frente a los poderosos y el riesgo del imperialismo**

Un último argumento esbozado por los positivistas normativos internacionales es que separar el razonamiento jurídico internacional del razonamiento moral puede ser importante para proteger a los débiles de los fuertes, y para prevenir la expansión del imperialismo a través del derecho internacional. Beckett explica que “el positivismo, y la tesis de Weil en particular, tiene una inclinación ética, un deseo de proteger a los débiles frente a los fuertes, y una creencia en que el derecho está mejor posicionado para hacer esto”<sup>148</sup>. von Bernstorff cita a Kelsen, y afirma que una de sus preocupaciones respecto del uso de argumentos morales en el discurso jurídico internacional era “el uso potencialmente ideológico de la moralidad. Las apelaciones a la moralidad en el discurso jurídico pueden servir como un disfraz para motivos e intereses ulteriores, sobreexplotar el discurso jurídico, y ser usados para justificar distorsiones ideológicas del derecho positivo a través de la argumentación moral”<sup>149</sup>. Por lo tanto, para él, “las apelaciones a la moralidad pueden ser usadas por actores poderosos para alinear un sentido de lo que es correcto y bueno con sus intereses, de ese modo cimentando una hegemonía”<sup>150</sup>.

Es cierto que las apelaciones a la moralidad pueden ser usadas de modo ideológico, pero también es cierto que pueden ser usadas para desafiar las concepciones establecidas, hegemónicas del derecho. Teniendo la opción de discutir con un superpoder en términos de hechos sociales (los cuales han sido dominados por estas propias fuerzas imperiales), o en términos de desacuerdos morales o políticos, creo que esta última es la opción más sensata para aquellos que tienen menos poder<sup>151</sup>. Tomemos el ejemplo paradigmático del colonialismo<sup>152</sup>. Si las naciones africanas y asiáticas en la década de 1960 hubieran adoptado una lectura no moral del principio de libre determinación existente en aquel entonces, quizás todavía estarían bajo dominio colonial. La ocupación colonial había existido durante siglos, y podía ser considerada para entonces -en algunas lecturas del

---

<sup>148</sup> BECKETT, 2001, p. 649.

<sup>149</sup> VON BERNSTORFF, 2010, p. 253.

<sup>150</sup> VON BERNSTORFF, 2010, p. 253.

<sup>151</sup> En su reciente artículo sobre costumbre internacional, B.S. Chimni, uno de los referentes del movimiento de Third World Approaches to International Law (TWAIL), adopta una mirada similar: CHIMNI, 2018.

<sup>152</sup> Véase, generalmente, A. CASSESE, 1995; QUANE, 1998.

derecho- una regla vinculante de costumbre. En cambio, estas naciones reinterpretaron el derecho existente a su mejor luz, y tuvieron éxito en imponer su propia comprensión del principio.

### 3. CONCLUSIÓN

En la primera sección de este capítulo defendí una teoría constructivista de la interpretación del derecho internacional, y expliqué por qué creo que esta aproximación resuelve los problemas que aquejan a las miradas clásicas, relevadas en el capítulo anterior. En esta segunda sección, sostuve que ninguno de los argumentos del positivismo normativo internacional es suficiente para abandonar la aproximación constructivista: una mirada de este tipo (i) no lleva a un quietismo respecto de las reglas, (ii) ni respecto del sistema como un todo, (iii) no le da demasiado poder a los jueces internacionales, ni (iv) opera contra los valores democráticos, ni tampoco (v) es problemática teniendo en cuenta el valor de la certeza. Además, (i) logra apoyarse en un mínimo de valores compartidos por la comunidad internacional, y (ii) puede en efecto ser una herramienta en la lucha contra el imperialismo.

Asumiendo que estos argumentos son ciertos, la próxima parte de la tesis (*preinterpretativa*) intentará presentar los elementos empíricos relevantes para la identificación de un potencial derecho de las organizaciones de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional. La parte siguiente (*interpretativa*) presentará las pautas normativas a la luz de las cuales creo que corresponde leer estos elementos empíricos, basadas en las discusiones sobre democracia global. Y finalmente, la última parte (*postinterpretativa*) aplicará estas reflexiones para tratar de identificar si es que existe este derecho, y cuál es su contenido.



**PARTE II: DERECHO - LAS FUENTES DEL DERECHO  
DE LA SOCIEDAD CIVIL A PARTICIPAR EN LA  
CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL**



## **CAPÍTULO 4: LA FUENTE CONVENCIONAL DEL DERECHO DE LA SOCIEDAD CIVIL A PARTICIPAR EN LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: EL ARTÍCULO 25(A) DEL PIDCyP Y EL DERECHO HUMANO A PARTICIPAR EN LA DIRECCIÓN DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS**

En el primer capítulo de esta tesis, vimos que la mayor parte de las y los abogados internacionalistas considera que no existe un derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional<sup>1</sup>. En el segundo y tercer capítulo vimos, a su vez, que para poner en jaque esta hipótesis, nuestra intérprete debe comenzar por estudiar los documentos y prácticas relevantes de la comunidad internacional, incluyendo las normas aceptadas y sus interpretaciones, para luego poder evaluarlas críticamente a la luz de las mejores teorías de filosofía política.

Esta parte de la tesis -comprendida por los capítulos 4, 5 y 6- está dedicada a la primera de esas dos tareas, mientras que la siguiente estará enfocada en la segunda. En este capítulo, específicamente, sostendré que el derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional puede derivarse del artículo 25(a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que le otorga a cada ciudadano y ciudadana “el derecho y la oportunidad (...) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”<sup>2</sup>. El paso clave que daré en el capítulo es que, a diferencia de la mayor parte de las y los autores, que interpretan que este artículo es solamente aplicable a la esfera *nacional* de creación de derecho<sup>3</sup>, yo sostendré que esta cláusula puede ser interpretada otorgándoles a las y los ciudadanos el derecho a participar en la creación del derecho *internacional*<sup>4</sup>.

---

\* Una versión preliminar de este capítulo fue publicada en el *European Journal of International Law* en 2017: véase MAISLEY, 2017b.

<sup>1</sup> Véase la bibliografía relevada en el capítulo 1; por ejemplo: BEN-ARI, 2012, pp. 80–81, 2013, p. 93; BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 57; CHARNOVITZ, 2006b, pp. 368–372; KLEINLEIN, 2011, p. 48; MALANCZUK, 1997, pp. 97, 100; NGUYEN QUOC ET AL., 2002, p. 653; PETERS, 2009b, pp. 221–227; PETERS ET AL., 2009, p. 545; TULLY, 2007, p. 329; WOODWARD, 2010, p. 40.

<sup>2</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 U.N.T.S. 171 (19 de diciembre de 1966) [de aquí en más, PIDCyP], artículo 25(a).

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, FOX, 1992, 2008; JOSEPH & CASTAN, 2013, pp. 727–758; STEINER, 1988.

<sup>4</sup> La movida es similar, por ejemplo, a la que propone Anne Peters respecto del artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 16 del PIDCyP (cuyo texto idéntico establece que “[t]odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”): “Históricamente, estas codificaciones respondieron a la práctica de regímenes totalitarios para quitarles derechos a sus

El capítulo estará dividido en tres secciones. En la primera sección, utilizaré el artículo 25(a) del PIDCyP para desafiar la presunción prevalente, que sostiene que la sociedad civil no tiene un derecho a participar en la creación de normas internacionales. Para ese propósito, interpretaré el artículo de acuerdo con las distintas reglas de interpretación de tratados establecidas en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). La segunda sección, en tanto, estará dedicada a una breve reflexión sobre las implicancias de mi propuesta, incluidas algunas ideas sobre el contenido e implementación de este derecho, a partir de lo que establece el artículo 25(a) del PIDCyP. La tercera y última presentará una breve conclusión del argumento del capítulo.

## **I. UNA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 25(A) DEL PIDCYP**

El artículo 25(a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos les otorga a los individuos el derecho a tomar parte en la dirección de los asuntos públicos, no solo a través de sus representantes, sino también “directamente”<sup>5</sup>. Si este derecho fuera considerado aplicable no solamente a los asuntos públicos *nacionales* sino también a los asuntos públicos *internacionales* -como argumentaré en este capítulo-, los individuos tendrían un derecho a participar directamente en la creación de derecho internacional, por sí mismos, o como parte de asociaciones de individuos<sup>6</sup>. Estas asociaciones pueden ser descritas con el concepto deliberadamente “vago y disputado”<sup>7</sup> de “sociedad civil”<sup>8</sup>.

---

oponentes políticos (‘muerte civil’). Estas cláusulas fueron entonces tradicionalmente interpretadas como relacionadas únicamente con el nivel nacional, como una garantía de personalidad jurídica doméstica. No obstante, en tiempos de globalización y de interrelación entre las esferas nacionales e internacionales de derecho y gobernanza, la garantía sería seriamente debilitada si fuera limitada al derecho doméstico. Dado el hecho de que el derecho internacional regula cuestiones que importan a la vida de las personas, la falta de un estatus jurídico internacional las afectaría de un modo similar a cómo la falta de un estatus jurídico doméstico afectaba en tiempos pasados a los esclavos y a aquellos fuera de la ley” (PETERS, 2009b, p. 159).

<sup>5</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 U.N.T.S. 171 (19 de diciembre de 1966), artículo 25(a) (“Todo ciudadano tendrá el derecho y la oportunidad (...) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”). La mayor parte de los autores interpretan este artículo como un derecho a involucrarse directamente en el proceso de toma de decisiones, más allá de la mera celebración de elecciones. Véase, por ejemplo, EBBESSON, 1997, p. 71; FAHNER, 2017, p. 325; FOX, 1992, p. 555; MAISLEY, 2015a; PETER, 2013, p. 11; STEINER, 1988.

<sup>6</sup> Sobre este punto, véase *infra*, la sección II.1 de este capítulo.

<sup>7</sup> ANHEIER ET AL., 2001, p. 11.

<sup>8</sup> Sobre este punto, véase generalmente ANHEIER ET AL., 2001; KALDOR, 1991; LINDBLOM, 2006, p. 15; LIPSCHUTZ, 1992; MARTENS, 2011; PEDRAZA-FARIÑA, s. f.; SCHOLTE, 2004, 2011; WOODWARD, 2010. El Informe Cardoso define a la sociedad civil como “las asociaciones de ciudadanos (distintos de sus familias, amigos y negocios) que estos integran voluntariamente con el fin de promover sus intereses, ideas e ideologías. El término no incluye actividades con fines de lucro (el sector privado) o de gobierno (el sector



Para entender, entonces, si el alcance del artículo 25(a) está limitado a la esfera nacional o si puede ser expandido a la dirección de los asuntos públicos internacionales, la cláusula debe ser interpretada de acuerdo con las reglas de interpretación de tratados establecidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT)<sup>9</sup>. Como expliqué en la primera parte de esta tesis, estas reglas requieren que nuestra intérprete tenga en cuenta dos tipos de elementos. Primero, (1) elementos empíricos, tales como (1.1) el sentido corriente del texto, (1.2) su contexto, (1.3) la práctica ulterior, y (1.4) otras reglas relevantes de derecho internacional. Y segundo, (2) elementos normativos, tales como una aproximación de buena fe a la pregunta interpretativa, y una consideración del objeto y fin del tratado. En lo que sigue, consideraré mi propuesta de expandir la interpretación del artículo 25(a) a la esfera global a la luz de estos requisitos.

## **1. LOS ELEMENTOS EMPÍRICOS: POR QUÉ EL ARTÍCULO 25(A) PUEDE SER INTERPRETADO COMO APLICABLE A LA ESFERA INTERNACIONAL**

### **1.1. “Conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”**

Las reglas de la CVDT requieren que cualquier propuesta interpretativa del tratado sea “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”<sup>10</sup>. Como explica Mark Villiger, esto quiere decir que “el punto de partida del proceso de interpretación” consiste en encontrar “el significado habitual y normal (regular, usual)” de las frases involucradas<sup>11</sup>. Como prueba la jurisprudencia de la Corte Internacional de

---

público). Son de especial relevancia para las Naciones Unidas las organizaciones de masas (tales como asociaciones de campesinos, de mujeres, o de jubilados), sindicatos, asociaciones profesionales, movimientos sociales, organizaciones de pueblos indígenas, organizaciones religiosas y espirituales, la academia, y organizaciones no gubernamentales orientadas al bien público” (Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil, *Nosotros los pueblos: la sociedad civil, las Naciones Unidas y la gobernanza global Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil*, U.N. Doc. A/58/817 (11 de junio de 2004), p. 15).

<sup>9</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), 1155 U.N.T.S. 1155 (1980) [de aquí en adelante, CVDT], artículos 31-33. Estas reglas no son aplicables únicamente a los Estados parte de la CVDT, sino generalmente, dado que se las considera parte de la costumbre internacional: véase, por ejemplo, Corte Internacional de Justicia, *Disputa Territorial* (Libia c. Chad), 1994 I.C.J. 6 (3 de febrero), párrafo 41; Corte Internacional de Justicia, *Plataformas Petrolíferas* (Irán c. Estados Unidos de América), 1996 I.C.J. 803 (12 de diciembre), párrafo 23; Corte Internacional de Justicia, *Isla de Kasikili/Sedudu* (Botsuana c. Namibia), 1999 I.C.J. 1045 (13 de diciembre), párrafo 18; Corte Internacional de Justicia, *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América), 2001 I.C.J. 501, (27 de junio), párrafo 99; Corte Internacional de Justicia, *Legalidad del Uso de la Fuerza* (Serbia y Montenegro c. Bélgica), 2004 I.C.J. 318 (15 de diciembre), párrafo 100.

<sup>10</sup> CVDT, artículo 31.1.

<sup>11</sup> VILLIGER, 2009, p. 426.

Justicia, esta tarea empírica puede ser llevada a cabo recurriendo a las definiciones contenidas en diccionarios comunes, no-jurídicos<sup>12</sup>.

En este caso, la discusión acerca de si el artículo solo otorga derechos participativos a través de la votación, o también a través de cierto rol en el proceso deliberativo que precede la toma de decisiones parece estar saldada en la bibliografía especializada<sup>13</sup>. Como explicó el Comité de Derechos Humanos, órgano que tiene a su cargo la interpretación del PIDCyP, los ciudadanos “también participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse”<sup>14</sup>. Por lo tanto, la pregunta crucial respecto de la posibilidad de interpretar el artículo 25(a) del PIDCyP como un derecho de las y los ciudadanos a tener una voz en el proceso de creación de derecho internacional no es si el artículo cubre o no la participación no-electoral, sino, en cambio, si el término “asuntos públicos” se refiere exclusivamente a asuntos nacionales o también a asuntos internacionales.

---

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, Corte Internacional de Justicia, *Plataformas Petrolíferas* (Irán c. Estados Unidos de América), 1996 I.C.J. 803 (12 de diciembre), párrafo 45.

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, EBBESSON, 1997, p. 71; FAHNER, 2017, p. 325; FOX, 1992, p. 555; MAISLEY, 2015a; PETER, 2013, p. 11; STEINER, 1988. Manfred Nowak explica que “[a]demás del Sistema representativo basado en elecciones y especificado en el párrafo (b), el artículo 25(a) también garantiza el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos ‘directamente’. Aunque algunos sugieren que esto solo se refiere a la distinción entre elecciones directas e indirectas, esta interpretación es conflictiva con la redacción clara de esta cláusula. Como en el artículo 21(1) de la DUDH, el artículo 23(1) de la CADH, y el artículo 13(1) de la CADHP, también se deriva claramente del artículo 25(a) del Pacto que se pretendió incluir no solo la participación indirecta a través de representantes elegidos, sino también formas de democracia directa, por ejemplo, a través de *plebiscitos* o *referéndums*” (NOWAK, 2005, p. 571).

<sup>14</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 25: (Art. 25)*, (7 de diciembre de 1996), U.N. Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, párrafo 8. Más aún, como explica el Informe Cardoso, en el caso de la esfera global, “[l]as nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones vienen a sumarse a esas posibilidades. En la actualidad, para los grupos de promoción resulta casi tan fácil actuar a escala mundial como a escala local. En los procesos electorales tradicionales se agrupaba a las personas por comunidad física o localidad. Los nuevos cauces conforman ‘comunidades de interés mundiales’. Los ciudadanos pueden participar de manera mucho más activa en procesos de política para favorecer aquellas causas que más les interesan. Pueden obtener información actualizada en los sitios Web y se les puede informar directamente, por correo electrónico, sobre nuevos acontecimientos y oportunidades para influir sobre los ministros, los legisladores y la prensa y ganar su participación. Esta es una transformación radical. La democracia representativa, en la que los ciudadanos eligen periódicamente a quienes los han de representar en toda la gama de cuestiones políticas, se ve ahora sustituida por la democracia participatoria, en la que todos pueden participar en los debates que más les interesan mediante actividades de promoción, protesta y de otra índole. Ahora resulta más fácil aplicar presión política y formular demandas sociales directamente a quienes ejercen el poder” (Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil, *Nosotros los pueblos: la sociedad civil, las Naciones Unidas y la gobernanza global Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil*, U.N. Doc. A/58/817 (11 de junio de 2004), párrafo 13).

Esta pregunta encuentra una respuesta bastante uniforme en los diccionarios, el método elegido por la CIJ para determinar el sentido corriente de los términos de un tratado. Uno define los “asuntos públicos” como “la tarea de gobernar”<sup>15</sup>, y otro como “una serie de eventos y cuestiones, especialmente políticos, que tienen un efecto en la mayor parte de las personas”<sup>16</sup>. Ambas definiciones parecen incluir no solo la esfera doméstica de asuntos, sino también la esfera internacional, dado que es evidente que existen funciones de tipo gubernamental que tienen un efecto sobre las personas en ambos niveles<sup>17</sup>.

Más aún, la Corte Internacional de Justicia ha explicado que cuando se utilizan términos genéricos en un tratado, el intérprete debe darles una “interpretación evolutiva”<sup>18</sup>. Esto quiere decir que los términos “deben ser entendidos de acuerdo con el significado que tengan en cada ocasión en que el tratado deba ser aplicado, y no necesariamente según su sentido original”<sup>19</sup>. En este caso, es indudable que el texto del inciso (a) del artículo 25 es “genérico”, en el sentido indicado por la CIJ: a diferencia de

---

<sup>15</sup> Collins English Dictionary, definición del término “Public Affairs” (*asuntos públicos*), <http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/public-affairs> (visitado por última vez en abril de 2015).

<sup>16</sup> Longman Dictionary of Contemporary English, definición del término “Public Affairs” (*asuntos públicos*), <http://www.ldoceonline.com/dictionary/public-affairs> (visitado por última vez en abril de 2015).

<sup>17</sup> Charlesworth, Chinkin y Wright afirman que el hecho de que “la aplicación del derecho internacional afecta a individuos (...) ha sido reconocido por el derecho internacional en numerosos casos” (CHARLESWORTH ET AL., 1991, p. 625). Véase, por ejemplo, Corte Internacional de Justicia, *Consecuencias Jurídicas que tiene para los Estados la Continuación de la Presencia de Sudáfrica en Namibia (África del Sudoeste), no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, Opinión Consultiva, 1971 I.C.J. 16 (21 de junio), párrafo 125; Corte Internacional de Justicia, *Pesquerías* (Reino Unido c. Noruega), 1951 I.C.J. 116 (18 de diciembre).

<sup>18</sup> En el caso *Costa Rica v. Nicaragua*, la Corte famosamente explicó que “cuando las partes han utilizado términos genéricos en un tratado, siendo conscientes necesariamente las partes de que el significado de los términos probablemente iba a evolucionar en el tiempo, y cuando el tratado ha sido firmado por período muy largo de tiempo o es ‘de duración continua’, se debe presumir, como regla general, que las partes tuvieron la intención de que esos términos tengan un significado evolutivo” (Corte Internacional de Justicia, *Disputa respecto de Derechos de Navegación y Relativos* (Costa Rica v. Nicaragua), 2009 I.C.J. 213 (13 de julio), párrafo 66). Véase también Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar Egeo* (Grecia v. Turquía), 1978 I.C.J. 32 (19 de diciembre), párrafo 77, y la explicación general en BJORGE, 2014, 2015.

<sup>19</sup> Corte Internacional de Justicia, *Disputa respecto de Derechos de Navegación y Relativos* (Costa Rica v. Nicaragua), 2009 I.C.J. 213 (13 de julio), párrafo 70.

otras cláusulas del mismo tratado<sup>20</sup>, es “sugestivo y no elaborado”<sup>21</sup>, esto es, fue redactado de modo evidentemente “abstracto y poroso”<sup>22</sup>, de modo tal de permitir diversas interpretaciones del texto en distintos lugares y momentos<sup>23</sup>. Entonces, aun cuando el término “asuntos públicos” pudiera haber sido entendido hace cincuenta años como uno relacionado exclusivamente con asuntos que se suscitaban dentro de la esfera del Estado, esta interpretación ya no puede ser sostenida en el contexto de nuestro mundo actual, globalizado<sup>24</sup>, en el que “las decisiones sobre la vida colectiva son tomadas no solo en escenarios nacionales, sino también en una multiplicidad de escenarios no-nacionales”<sup>25</sup>. Por lo tanto, limitar el derecho a la participación solo al ámbito nacional significaría una considerable reducción del alcance real de las prerrogativas otorgadas por el artículo 25(a) del PIDCyP a los individuos.

---

<sup>20</sup> Compárese, por ejemplo, con el propio artículo 25(b) (el derecho de “[v]otar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”) o con otros incluso más precisos, como el artículo 24(2) (“Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”).

<sup>21</sup> STEINER, 1988, p. 109. Véase también FAHNER, 2017, n. 45.

<sup>22</sup> STEINER, 1988, p. 86.

<sup>23</sup> Manfred Nowak narra la historia de la redacción del artículo 25, que sugiere que esta fue precisamente la intención de quienes negociaron su texto: “Mientras que, de conformidad con el artículo 21 de la DUDH, los borradores soviéticos hablaban de un derecho a participar ‘en el gobierno’, la redacción que se deriva de la propuesta yugoslava-francesa [finalmente adoptada], refiere a la ‘dirección de los asuntos públicos’. Reminiscente del principio de ‘libre gobierno’ en las cartas de derechos americanas de fines del siglo dieciocho, esta formulación es intencionalmente vaga de modo de permitir que los Estados partes estructuren el derecho fundamental de participación democrática de un modo consistente con los varios modelos de democracia” (NOWAK, 2005, p. 570). Henry Steiner, en tanto, argumenta que “una norma como el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos puede contribuir a constantes reformulaciones del espacioso ideal de la participación política. A diferencia de normas que expresan derechos negativos, como la norma que prohíbe la tortura, nunca podría ser plenamente cumplida. Nuevos entendimientos y diferentes institucionalizaciones el derecho en distintos contextos culturales y políticos pueden revelar qué es lo que un número creciente de Estados entiende como un mínimo indispensable de participación política para todos. Ese mínimo nunca debería requerir menos de un gobierno que la provisión de un ejercicio significativo de opción por parte de los ciudadanos en algún tipo de proceso electoral y permitir el debate activo en una amplia pero no ilimitada gama de asuntos. Pero podría requerir mucho más” (STEINER, 1988, p. 134).

<sup>24</sup> Sobre la “globalización” y su impacto en el derecho y la política internacional, véase, por ejemplo, ARCHIBUGI & KOENIG-ARCHIBUGI, 2003; BECK, 2004; J. L. COHEN, 2012; DE SOUSA SANTOS & RODRÍGUEZ GARAVITO, 2005; DRAINVILLE, 2004; FALK, 2000b; HELD & MCGREW, 2000, 2003; PINTO, 2008; RODRIK, 2012; SASSEN, 2007; STEGER, 2009.

<sup>25</sup> MARKS, 2000, p. 77. Esta autora explica que “cuando se tiene en cuenta la globalización, la concepción de la democracia como la determinación de principios democráticos para comunidades políticas nacionales empieza a aparecer dramáticamente inadecuada. Por lo tanto, la idea de que la democracia no tiene aplicación en el dominio internacional de relaciones interestatales, en las organizaciones internacionales y en la economía mundial, parece requerir una urgente revisión” (MARKS, 2000, p. 83). Véase la discusión de los capítulos 7, 8 y 9, y también, generalmente, HABERMAS, 2001; HELD, 1995b.

Finalmente, la adecuación de esta lectura del artículo 25(a) ha sido confirmada por el Comité de Derechos Humanos<sup>26</sup>. En su Observación General 25, el Comité indicó que “la dirección de los asuntos públicos, mencionada en el párrafo a), es un concepto amplio que se refiere al ejercicio del poder político. (...) Abarca todos los aspectos de la administración pública y la formulación y aplicación de políticas *internacionales*, nacionales, regionales y locales”<sup>27</sup>. La referencia del Comité a la idea de “administración pública” y su clarificación de los niveles de aplicación sugiere que el derecho a participar se extiende no solo a los procesos tradicionales de decisión pública, sino también a procesos políticos internacionales<sup>28</sup> y a diversas actividades de “gobernanza”, tales como las colaboraciones público-privadas en cualquier nivel<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Pese a que el Comité nunca tuvo la posibilidad de pronunciarse en un caso específicamente relacionado con la aplicación del artículo 25(a) a la esfera internacional de toma de decisiones, sí encontró que este artículo era aplicable a la esfera nacional de toma de decisiones, en cuestiones relacionadas con el derecho internacional. En *Beydon et al c. Francia*, una organización no gubernamental francesa argumentó ante el Comité que su derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos había sido violado por Francia cuando desoyó un considerable reclamo público y se negó a aceptar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional para ciertos crímenes. El Comité enfatizó lo dicho ya en su Observación General 25: que, bajo el artículo 25(a), los ciudadanos tienen “el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse”. En el caso, no obstante, el Comité encontró que no había habido violación de este derecho, dado que “los demandantes habían participado en el debate público en Francia con respecto a la cuestión de su adhesión a la CPI y con respecto a la declaración del artículo 124”, actuando tanto “a través de sus representantes elegidos como a través de las acciones de la asociación”. Véase Comité de Derechos Humanos, *Beydon y otros 19 miembros de la asociación ‘DIH Mouvement de protestation civique’ c. Francia* (31 de octubre de 2005), U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1400/2005.

<sup>27</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 25: Artículo 25* (7 de diciembre de 1996), U.N. Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, párrafo 5 (énfasis añadido).

<sup>28</sup> Caroline Foster explica que “el Comité de Derechos Humanos presenta una interpretación de participación política con respecto a la cláusula de “participar” que extiende el derecho al nivel internacional (FOSTER, 2008, pp. 453–454). Esta lectura parece haber sido confirmada también por el relator especial sobre el derecho de reunión y de asociación, Maina Kiai (Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los Derechos de Libre Reunión y Asociación, Maina Kiai* (1 de septiembre de 2014), U.N. Doc. A/69/365, párrafo 15).

<sup>29</sup> Como explica Beate Rudolf, “esta interpretación refleja un entendimiento extensivo de ‘dirección de los asuntos públicos’, en el cual el criterio decisivo es el ejercicio del poder político. Pese a que los ejemplos dados por el Comité se refieren a modos de gobernanza típicos por parte del gobierno que evocan, en parte, el concepto de separación de poderes, la lista no es exhaustiva y puede por lo tanto expandirse a otros modos de gobernanza. En efecto, la referencia del Consejo de Derechos Humanos a la ‘administración pública’ puede ser entendida incluyendo nuevos modos administrativos, tales como los acuerdos de participación público-privada (PPPs), que son formas de gobernanza con el gobierno. Este resultado es reforzado por la inclusión del Comité de la ‘formulación e implementación de políticas’ en todos los niveles, lo que se conecta con su criterio general de ‘ejercicio del poder político’. ‘Político’ tal como lo usa el Comité, no se limita a ‘gubernamental’, sino que se refiere a todas las interacciones sociales que tengan por objeto regular cuestiones de interés colectivo, porque el artículo 25 se extiende a la dirección de los asuntos públicos. En este sentido, el poder político puede ser ejercido por actores no gubernamentales, tales como partidos políticos, individuos privados, empresas, asociaciones, etcétera. Se sigue que el derecho a la participación en los asuntos públicos también incluye la gobernanza sin gobierno” (RUDOLF, 2009, pp. 4–

## 1.2. Considerando los términos “en el contexto de éstos”

La segunda regla empírica contenida en la CVDT indica que las y los intérpretes deben entender los términos del tratado “en su contexto”<sup>30</sup>. Como advirtió la Corte Permanente de Justicia Internacional, “es obvio que el tratado debe ser leído como un todo, y que su significado no debe ser determinado meramente en base a frase particulares que, fuera de contexto, puedan ser interpretadas en más de un sentido”<sup>31</sup>.

En este caso, el contexto del PIDCyP adquiere aún mayor relevancia para la interpretación del artículo 25(a) por la naturaleza indivisible de los derechos humanos<sup>32</sup>. Específicamente, el Comité de Derechos Humanos ha explicado que la participación de los ciudadanos en la dirección de los asuntos públicos “se respalda garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación”<sup>33</sup>. A su vez, estos derechos han sido considerados aplicables directamente a la esfera internacional. Primero, con respecto al derecho de libertad de expresión, el artículo 19(2) establece, como nota Steve Charnovitz, que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión (...) *sin consideración de fronteras*”<sup>34</sup>. Y segundo, con respecto a los otros dos derechos, Maina Kiai, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de

---

5). Para una discusión sobre el tipo de decisiones que deberían quedar incluidas en el derecho a la participación de la sociedad civil, véase la sección II.2.2.1 del capítulo 7 de esta tesis.

<sup>30</sup> CVDT, art. 31.1.

<sup>31</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, *Competencia de la OIT para Regular el Trabajo Agrícola*, P.C.I.J. Ser. B, Nos. 2 y 3 (1922), p. 23.

<sup>32</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre Pobreza y Derechos Humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona* (11 de marzo de 2013), U.N. Doc A/HRC/23/36, párrafo 30. Más aún, como explica el Relator Especial sobre la Libertad de Reunión y de Asociación, Maina Kiai, “debe reconocerse que la libertad de asamblea y de asociación están inevitablemente interrelacionados con el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, la libertad de opinión y expresión, y el derecho de acceso a la información y otros derechos relevantes, tales como los artículos 25 y 19 del Pacto Internacional” (Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los Derechos de Libre Asamblea y Asociación, Maina Kiai* (1 de septiembre de 2014), U.N. Doc. A/69/365, párrafo 15).

<sup>33</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 25: (Art. 25)*, (7 de diciembre de 1996), U.N. Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, párrafo 8. Sobre la importancia de la libertad de expresión para el apropiado funcionamiento de las organizaciones de la sociedad civil, véase LINDBLOM, 2006, pp. 140–147. Henry Steiner explica que “sin perjuicio de su linaje mixto y sus ambigüedades, el Pacto otorga cierta guía interna para un entendimiento del artículo 25. Considerando su rol esencial en la mayor parte de las actividades políticas, los derechos expresivos de libertad de expresión, prensa, reunión, y asociación deben informar de algún modo cualquier teoría de la participación. Su importancia en el Pacto Internacional nos recuerda que el artículo 25 no debe ser considerado como una cláusula aislada, separada de la estructura mayor de derechos del Pacto. Esa estructura mayor aquí sugiere que las cláusulas de “participar” y de “elecciones” asumen algún grado de debate público político y de participación ciudadana en grupos de presión política que expresan sus creencias o intereses” (STEINER, 1988, p. 88).

<sup>34</sup> PIDCyP, artículo 19(2), énfasis agregado. Véase también CHARNOVITZ, 2006b, p. 369.

asociación, ha notado que “son igualmente fundamentales, y están igualmente protegidos, en el nivel internacional. Estos derechos son necesarios para sumar y amplificar las voces de aquellos que de otro modo no serían escuchados en un escenario multilateral”<sup>35</sup>. De hecho, el Relator Especial ha sugerido directamente que la participación de la sociedad civil a nivel global es un requisito para el cumplimiento de los otros derechos: para él, existe “una interrelación entre el ejercicio efectivo de los derechos de reunión pacífica y de asociación, y la efectiva participación de la sociedad civil en el nivel multilateral”<sup>36</sup>. Kiai explica que “con la creciente interconexión entre los asuntos domésticos e internacionales, y con la toma de decisiones a nivel internacional teniendo un impacto significativo en las políticas y prácticas nacionales, es esencial que dichas decisiones sean tomadas de un modo transparente, con rendición de cuentas y participativo”<sup>37</sup>. Otra Relatora Especial, Magdalena Sepúlveda Carmona, también ha notado, refiriéndose a asuntos de pobreza y derechos humanos bajo el PIDCyP, que los Estados “tienen obligaciones positivas bajo el derecho internacional de los derechos humanos de establecer mecanismos específicos *en todos los niveles relevantes* para asegurar que las personas afectadas tengan la oportunidad de hecho de participar en la conducción de los asuntos públicos y las decisiones que puedan afectarlos”<sup>38</sup>.

En suma, los derechos que están más interrelacionados con el derecho de participación parecen ser igualmente aplicables tanto en la esfera doméstica como en la internacional, y nada en el texto del PIDCyP sugiere que el artículo 25(a) sea una excepción a este patrón general.

---

<sup>35</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los Derechos de Libre Asamblea y Asociación*, Maina Kiai (1 de septiembre de 2014), U.N. Doc. A/69/365, párrafo 14.

<sup>36</sup> *Ibid.*, párrafo 13.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> En el caso de las personas viviendo en la pobreza, esto se vuelve especialmente relevante, dado que “la pobreza no es solo una falta de ingresos, sino que es caracterizada como un círculo vicioso de desempoderamiento, estigmatización, discriminación, exclusión y privación material, todas las cuales se refuerzan mutuamente” (Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre Pobreza y Derechos Humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona (11 de marzo de 2013), U.N. Doc. A/HRC/23/36, párrafo 12). La Relatora reconoce que la pobreza no es solo resultado de las acciones de instituciones nacionales, y recomienda a los Estados “adoptar un marco jurídico que incluya el derecho explícito de individuos y grupos a participar en el diseño, implementación y evaluación de cualquier política, programa, o estrategia que afecte sus derechos, *a nivel local, nacional e internacional* (*Ibid.*, párrafo 86.a, énfasis añadido).

### 1.3. Considerando “la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado”

Un tercer requisito establecido por la CVDT es que la intérprete tenga en cuenta la “práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado”<sup>39</sup>. Oliver Dörr explica que, dado que “las partes son las dueñas de su tratado”, la práctica ulterior constituye una “interpretación auténtica del tratado”, de algún modo “difuminando la línea entre interpretación y enmienda”<sup>40</sup>. Dos elementos deben ser, entonces, considerados: primero, (i) si existió alguna práctica ulterior al tratado y, segundo, (ii) si esta práctica fue, en efecto, “en aplicación del tratado”.

#### 1.3.1. La práctica de los Estados ulterior al PIDCyP

En los casi cincuenta años que transcurrieron desde la firma del PIDCyP, la sociedad civil global ha recibido -de parte de los Estados- niveles de acceso cada vez mayores a distintos procesos de creación de derecho internacional. Significativamente, esto no ha sido una característica exclusiva de un cierto tipo de régimen jurídico, sino que ha sido en cambio una práctica que -como requieren las reglas de la CVDT- es “concordante, común y consistente”<sup>41</sup> a casi todo proceso de creación de normas internacionales.

El ejemplo más prominente es el *derecho internacional ambiental*, un régimen en el cual la mayor parte de los procesos de toma de decisiones “han incluido un importante componente de participación pública”<sup>42</sup>. Kal Raustiala narra que los actores de la sociedad civil fueron particularmente importantes en la [fundacional] Conferencia de Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano de Estocolmo de 1972, y desde entonces las

---

<sup>39</sup> CVDT, art. 31.3.b.

<sup>40</sup> DÖRR, 2012, p. 555. Como explica Mark Villiger, esto “prove la interpretación ‘correcta’ *ex hypothesi* entre las partes, en el sentido de que determina cuál de los varios sentidos corrientes debe ser aplicado” (VILLIGER, 2009, pp. 431–432).

<sup>41</sup> “El valor interpretative de la práctica”, explica Oliver Dörr, depende “del grado en el cual es concordante, común y consistente, y por lo tanto suficiente para establecer un patrón visible de conducta” (DÖRR, 2012, p. 556). Mark Villiger sostiene que la práctica “debería ser consistente más que aleatoria, y debería ocurrir con cierta frecuencia” (VILLIGER, 2009, p. 431).

<sup>42</sup> MAISLEY, 2013, p. 117. Kal Raustiala explica que “mientras que los Estados han sido tradicionalmente los actores dominantes en la creación y mantenimiento del derecho internacional convencional, ciertos cambios recientes en el derecho internacional ambiental le han otorgado una oportunidad histórica sin antecedentes para la participación a organizaciones privadas, no gubernamentales (ONGs). Como ha sido el caso durante años en el caso del derecho ambiental nacional, las ONGs ahora son actores centrales en la formulación, implementación, y ejecución del derecho internacional ambiental” (RAUSTIALA, 1997, p. 538). Véase también BABER & BARTLETT, 2009; K BÄCKSTRAND, 2006; KARIN BÄCKSTRAND, KAHN, KRONSELL, & LÖVBRAND, 2010; BODANSKY, 1999; EBBESSON, 1997; GLEESON, 2001; G. SMITH, 2004; TARLOCK, 1992; WINTER, 2006



actividades de las ONGs han crecido firmemente”<sup>43</sup>. En efecto, hubo actividad considerable de la sociedad civil, por ejemplo, en las conferencias que llevaron al Acuerdo sobre la Conservación de los Osos Polares de 1973, la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982<sup>44</sup>, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985<sup>45</sup> y su Protocolo de Montreal de 1987<sup>46</sup>, el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación de 1989<sup>47</sup>, la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992<sup>48</sup>, y el Protocolo de Kioto de 1997<sup>49</sup>. Además, ha habido una masiva concurrencia de activistas individuales, organizaciones no gubernamentales y otros grupos de la sociedad civil a cada uno de las cumbres mundiales dedicadas al desarrollo sustentable (con la “Cumbre de la Tierra” de Río de 1992, la de Johannesburgo de 200, y la “Cumbre Rio+20” de 2012 como ejemplos sobresalientes<sup>50</sup>) y a las conferencias y reuniones de las partes de varios regímenes ambientales (prominentemente, pero no exclusivamente, las COPs de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático<sup>51</sup>).

---

<sup>43</sup> RAUSTIALA, 1997, p. 541. Charnovitz narra que “la conferencia ambiental de Estocolmo es muchas veces descrita como un punto de inflexión en el involucramiento de las ONGs. Hubo 113 gobiernos y al menos 225 ONGs acreditadas. A las ONGs se les permitió hacer una presentación formal ante la conferencia. Las ONGs también distribuyeron un periódico diario, una práctica regularizada en conferencias globales subsiguientes” (CHARNOVITZ, 1997, p. 262). En la misma línea, A.D. Tarlock explica que “la presencia y participación de ONGs [en Estocolmo] creó un precedente que aún perdura” (TARLOCK, 1992, p. 70).

<sup>44</sup> CHARNOVITZ, 1997, p. 262.

<sup>45</sup> “El tratado fue el resultado de un proceso político inusual en la Asamblea General. En lugar del modelo de la CVDT, de redacción por parte de abogados de Naciones Unidas, los delegados gubernamentales negociaron el texto, y hubo una presencia considerable de ONGs y del sector empresarial. (...) Las ONGs y otros actores no estatales consiguieron acceso de diversas maneras: a través de agencias especializadas, como miembros de delegaciones estatales, como observadores gracias al estatus consultivo ante el ECOSOC, y gracias a la compleja naturaleza de los asuntos debatidos, como expertos” (WOODWARD, 2010, p. 217).

<sup>46</sup> En Viena, pese a que no participó ninguna ONG conservacionista, sí hubo mucha actividad de parte de actores de la industria (véase SANDS, 1985, p. 42). En Montreal, por el contrario, “se les permitió a las ONGs hablar en las sesiones plenarias de la conferencia, que estaban redactando el Protocolo de Montreal sobre la protección de la capa de ozono” (CHARNOVITZ, 1997, p. 262).

<sup>47</sup> “En la reunión final, en Basilea, Suiza, 116 países y una variedad de organizaciones no gubernamentales (ONGs) y de agencias internacionales participaron en la redacción de la versión final de la Convención de Basilea” (CHOKSI, 2001, p. 516).

<sup>48</sup> WOODWARD, 2010, pp. 221–223.

<sup>49</sup> WOODWARD, 2010, pp. 223–224.

<sup>50</sup> MAISLEY, 2013, p. 118

<sup>51</sup> “[L]a Asamblea General de las Naciones Unidas ha convocado tres cumbres masivas internacionales dedicadas al desarrollo sustentable, que se caracterizaron por su naturaleza participativa: (i) 30.000

Otra área en la que ha habido, clásicamente, una participación muy activa de la sociedad civil es el *derecho internacional de los derechos humanos*. Bajo el marco de las Naciones Unidas, las organizaciones no gubernamentales han hecho uso extensivo de las oportunidades otorgadas por el artículo 71 de la Carta, que contempla procesos consultivos entre estas entidades y el Consejo Económico y Social de la organización<sup>52</sup>. Como resultado de este marco legal, las ONGs han ganado acceso a diferentes agencias de derechos humanos de las Naciones Unidas, tales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)<sup>53</sup>, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)<sup>54</sup>, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)<sup>55</sup>, y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)<sup>56</sup>. El rol de la sociedad civil también fue crucial en la negociación de la mayor parte de las convenciones de derechos humanos, con la Convención contra la Tortura de 1984 y su Protocolo de 2002<sup>57</sup>, la Convención contra las Minas Antipersonales de 1997<sup>58</sup>, y la Convención contra las Desapariciones Forzadas de 2006 como los ejemplos más prominentes<sup>59</sup>. Finalmente, la sociedad civil ha sido muy activa en conferencias globales relacionadas con los derechos humanos, tales como las Conferencias Mundiales sobre la

---

personas (1.378 ONGs acreditadas) participaron de la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro en 1992; (ii) “21.340 participantes de 191 gobiernos y organizaciones intergubernamentales y no-gubernamentales, el sector privado, la sociedad civil, la academia y la comunidad científica” se reunieron en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de Johannesburgo en 2002; y finalmente (iii) la Cumbre Río+20 de 2012 tuvo más de 45.000 participantes acreditados” (MAISLEY, 2013, p. 118).

<sup>52</sup> Véase BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 52–54; CHARNOVITZ, 1997, pp. 252–253; MARTENS, 2011, pp. 45–50. “De la redacción de esta cláusula, que le da al ECOSOC la opción, pero que no le requiere, hacer arreglos para el estatus consultivo de las ONGs, parece bastante claro que no se pretende darles derechos a las ONGs. No obstante, una conclusión diferente puede llegar a adoptarse mirando la práctica de las Naciones Unidas en la implementación del artículo 71 a través de la Resolución 1996/31 del ECOSOC” (NOWROT, 1999, p. 624).

<sup>53</sup> MARTENS, 2011, p. 50; NOWROT, 1999, p. 625.

<sup>54</sup> NOWROT, 1999, p. 625.

<sup>55</sup> MARTENS, 2011, p. 50; NOWROT, 1999, p. 625.

<sup>56</sup> NOWROT, 1999, p. 625.

<sup>57</sup> Boyle y Chinkin explican que la Convención fue básicamente una creación de Amnistía Internacional (BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 67–68). Véase también DRAINVILLE, 2004, p. 109.

<sup>58</sup> Véase BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 68–71.

<sup>59</sup> Véase KOTLIK, 2014.

Mujer de 1975, 1980, 1985 y 1995<sup>60</sup>, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993<sup>61</sup>, y la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994<sup>62</sup>.

Aunque se trate de un área generalmente más inaccesible que las dos anteriores, el *derecho internacional económico* también ha visto un creciente involucramiento de la sociedad civil<sup>63</sup>. Un ejemplo prominente son los mecanismos participativos establecidos por el Banco Mundial, que les otorgan a los individuos y grupos de la sociedad civil ciertos derechos de participación en los procesos de toma de decisiones del Banco<sup>64</sup>. Ciertas redes informales transnacionales con considerable impacto en la gobernanza global también le han dado oportunidades de participación a la sociedad civil: un ejemplo significativo son los “Principios Ecuador”, una serie de estándares para el financiamiento privado de proyectos, adoptados por los principales jugadores de la industria, que reconocen la consulta, el diálogo y la transparencia como algunos de los principios a ser seguidos<sup>65</sup>. El caso de la OMC es más complejo: aunque existen muchas instancias de creación de derecho internacional a las cuales las ONGs aún no tienen acceso<sup>66</sup>, la Organización recientemente ha considerado que debería tener “un rol más activo en sus contactos con ONGs que, como un recurso valioso, pueden contribuir a la precisión y la riqueza del debate público”<sup>67</sup>. Como resultado de ello, ciertas organizaciones de la sociedad civil han ganado acceso a las Sesiones Plenarias de las Conferencias Ministeriales<sup>68</sup>, y el Secretariado ha comenzado a organizar simposios de gran escala para establecer consultas con representantes de ONGs<sup>69</sup>.

---

<sup>60</sup> Véase DRAINVILLE, 2004, pp. 109–111

<sup>61</sup> Véase CHARNOVITZ, 1997, p. 266.

<sup>62</sup> Véase DRAINVILLE, 2004, p. 111.

<sup>63</sup> Incluso en el caso del TPP, los Estados no han afirmado que la sociedad civil no tenía permitido participar, sino que en realidad han interpretado este derecho de forma muy restrictiva, afirmando que se había dado un procedimiento de partes múltiples, pese a que no se había permitido participación significativa. Véase, por ejemplo: United States Trade Representative, *Stakeholder Input Sharpens, Focuses U.S. Work on Pharmaceutical IPR in the TPP* (Nov. 2013), <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/blog/2013/November/stakeholder-input-sharpens-focuses-us-work-on-pharmaceutical-IP-in-TPP> (visitado por última vez en octubre de 2015).

<sup>64</sup> Véase BOISSON DE CHAZOURNES, 2000; CLARKE, 2002; PETERS, 2009b, p. 160.

<sup>65</sup> Véase PETERS, 2009b, p. 160.

<sup>66</sup> Véase DUNOFF, 1998; NANZ & STEFFEK, 2004; PETERS, 2009b, p. 160; STEINBERG, 2002.

<sup>67</sup> WTO Doc WT/L/162, 23 July 1996, párrafo IV.

<sup>68</sup> STEFFEK & KISSLING, 2006, p. 151.

<sup>69</sup> NANZ & STEFFEK, 2004, p. 330; STEFFEK & KISSLING, 2006, pp. 151–152.

Finalmente, incluso un régimen que tradicionalmente se ha mantenido impenetrable para la sociedad civil<sup>70</sup>, como el de las reglas que gobiernan *el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*, ha comenzado a hacer cierto espacio a la participación de estas organizaciones. El ejemplo más importante de este proceso es la inclusión de organizaciones no gubernamentales en las reuniones de la “fórmula Arria” en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que permiten que los miembros de las organizaciones compartan sus preocupaciones directamente con los miembros del Consejo<sup>71</sup>. Ian Johnstone nota que este involucramiento es fortalecido por “la relativa facilidad que las ONGs tienen para acceder a la Secretaría y a los diplomáticos (de ciertos países) enviados a Naciones Unidas”. De hecho, de acuerdo con él, esto “implica que las ONGs más activas y creíbles tienen pocos problemas en que sus voces sean oídas”<sup>72</sup>. Otro ejemplo importante de participación en este ámbito es el de la Organización para la Cooperación y la Seguridad en Europa, que “ofrece oportunidades amplias y confiables para las ONGs -e incluso las incentiva- a proveer su experticia, sus interpretaciones y sus preocupaciones en relación a asuntos relevantes para el mandato de la organización, y que también coopera de modo cercano con las ONGs en el campo”<sup>73</sup>.

En suma, esta rápida revisión ha mostrado que el continuo crecimiento de la participación de la sociedad civil en derecho internacional es transversal a toda la disciplina. No obstante, también ha expuesto que existen ciertas áreas en las cuales el acceso no está disponible, está restringido o es insuficiente. Para analizar estos defectos, deben notarse dos elementos. Primero, la aparición de ciertas desviaciones de la conducta común no debe necesariamente constituir un obstáculo para la existencia de una práctica general, como la que requiere el artículo 31 de la Convención de Viena. Como notó la Corte Internacional de Justicia con referencia a las reglas más estrictas de la costumbre

---

<sup>70</sup> Peter Mayer explica que el régimen de la “seguridad internacional es el ‘caso menos probable’ para la hipótesis de que las organizaciones internacionales están crecientemente abiertas a las organizaciones no gubernamentales, proveyéndoles oportunidades para la participación significativa en el establecimiento de políticas públicas. Los Estados y las instituciones internacionales que estos usan como instrumentos para promover sus intereses de seguridad no pueden darse el lujo de compartir información -y, menos, poder- con organizaciones que típicamente no tienen limitaciones de interés nacional o de alianzas, dado su carácter transnacional y su agenda idealista, que le da prioridad a la promoción de los derechos humanos y otros valores cosmopolitas” (MAYER, 2008, p. 116).

<sup>71</sup> JOHNSTONE, 2003, pp. 161–162.

<sup>72</sup> JOHNSTONE, 2003, p. 462

<sup>73</sup> MAYER, 2008, p. 117.

internacional, “no se debe esperar que la práctica de los Estados en la aplicación de las reglas en cuestión deba haber sido perfecta”<sup>74</sup>; de hecho, “no se le debe dar demasiada importancia a las pocas incertidumbres o contradicciones, reales o aparentes”<sup>75</sup> que puedan ser descubiertas. Y segundo, aunque ciertamente se necesita mucho progreso en varias áreas, la práctica actual parece al menos compatible con un entendimiento del derecho de tipo “programático”, es decir, como uno que “responde a un ideal compartido que debe ser realizado progresivamente en diversos contextos a través de la invención y la planificación”<sup>76</sup>. Si el derecho es entendido de este modo, como han propuesto diversos autores en relación a la dirección de los asuntos públicos en la esfera nacional<sup>77</sup>, entonces la comunidad internacional tiene, por un lado, una obligación de no restringir el acceso que ya ha otorgado y, por otro lado, una obligación de expandir las oportunidades de participación pública en cada una de las instancias de creación de derecho existentes. Y, de hecho, estas dos obligaciones parecen ser completamente compatibles con la práctica ulterior de las partes al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### 1.3.2. La práctica como una aplicación del tratado

Según la mayor parte de la doctrina, cuando el artículo 31 requiere que la práctica sea llevada a cabo “en aplicación del tratado”, esto quiere decir que se requiere un vínculo subjetivo, es decir, que las partes “deben obrar del modo en que lo hacen con el propósito de cumplir con sus obligaciones emanadas del tratado”<sup>78</sup>. No obstante, como explican

---

<sup>74</sup> Corte Internacional de Justicia, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), 1986 I.C.J. 14 (27 de junio), párrafo 186.

<sup>75</sup> Corte Internacional de Justicia, *Pesquerías* (Reino Unido c. Noruega), 1951 I.C.J. 116 (18 de diciembre), página 138.

<sup>76</sup> STEINER, 1988, p. 130.

<sup>77</sup> FOX, 1992, p. 555; STEINER, 1988, p. 130. Manfred Nowak explica que, según el artículo 25 del PIDCyP, “los ciudadanos tienen no solo el derecho, sino también la ‘oportunidad’ de participar en la dirección de los asuntos públicos. Esto establece un deber en los Estados parte de garantizar con *medidas afirmativas* que todas las personas formalmente elegibles tengan *la oportunidad real de ejercer sus derechos políticos*. (...) Como con todas las obligaciones afirmativas de garantizar derechos humanos, esta garantía procesal también es relativa, de modo tal que su ejecución específica está sujeta a una discreción bastante amplia por parte de los Estados partes. Son libres de decidir si facilitar el derecho al voto, por ejemplo, a través de boletas, del establecimiento de distritos electorales especiales o poniendo urnas en hospitales y otros lugares cerrados, por voto a distancia, o con alguna otra técnica consistente con los principios democráticos. La mera pasividad por parte del Estado, no obstante, violaría la oportunidad de ejercer derechos políticos expresamente garantizada por el artículo 25. Este dualismo entre un reclamo jurídico formal y su ejercicio práctica, característico de los derechos políticos, también fue reconocido en el artículo 23 de la CADH” (NOWAK, 2005, p. 569).

<sup>78</sup> DÖRR, 2012, p. 557. Véase también VILLIGER, 2009, p. 431.

tanto Oliver Dörr como Mark Villiger, todo lo que parece ser necesario es cierta “aceptación, incluso tácita”, que pueda “como mínimo ser evidenciada como la ausencia de desacuerdos”<sup>79</sup>. Más aún, las acciones en cuestión “no deben incluir una referencia especial a alguna cláusula del tratado, sino que se pueden relacionar con el tratado como un todo, o con partes del tratado distintas de la que se encuentra bajo análisis”<sup>80</sup>.

Pese a que parece un poco exagerado argumentar que los Estados aceptaron la participación de la sociedad civil global en la creación del derecho internacional teniendo en mente específicamente el artículo 25(a) del PIDCyP, es bastante razonable asumir que, en muchos casos, esta participación fue admitida teniendo en consideración sus derechos civiles y políticos, en general. De hecho, no es coincidencia que las primeras instancias de participación de la sociedad civil ocurrieran de manera simultánea a la emergencia del derecho internacional de los derechos humanos<sup>81</sup>, y que la expansión y consolidación de esta participación ocurriera cuando los derechos humanos fueron codificados en tratados internacionales, como el PIDCyP<sup>82</sup>. Como mínimo, parecería que los Estados aceptaron tácitamente que la consolidación de los derechos civiles y políticos incluía ciertas prerrogativas para los grupos de la sociedad civil en la esfera internacional. Con el tiempo, esto evolucionó a la situación actual, en la que es al menos posible sugerir que la interpretación auténtica de las obligaciones de los Estados bajo el PIDCyP incluye una de proveer una progresiva participación de la sociedad civil en la creación del derecho internacional.

#### **1.4. Considerando “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”**

Un cuarto requisito establecido por la CVDT es que el intérprete considere “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> DÖRR, 2012, p. 560; VILLIGER, 2009, p. 431.

<sup>80</sup> DÖRR, 2012, p. 557.

<sup>81</sup> Pese a que Charnovitz nota que la participación de la sociedad civil tiene unos doscientos años de historia, André Drainville explica que su influencia había sido casi insignificante hasta mediados del siglo diecinueve. Por ejemplo, pese a que había organizaciones no gubernamentales en la Conferencia de París que creó la Sociedad de Naciones (CHARNOVITZ, 1997, pp. 212–216), “los representantes de las ONGs eran an marginalizados que debían pelear con turistas comunes para obtener al menos un vistazo de los procedimientos” (DRAINVILLE, 2004, p. 106).

<sup>82</sup> Véase CHARNOVITZ, 1997, p. 261 (“el involucramiento de las ONGs en la gobernanza internacional comenzó a intensificarle a comienzos de la década de 1970”); DRAINVILLE, 2004, p. 108 (“la relación entre ONGs y organizaciones interestatales permaneció mínima hasta el comienzo de la década de 1970”).

<sup>83</sup> CVDT, art. 31.3.c.

En este caso, cuatro tipos de reglas proveen el contexto jurídico relevante para la interpretación del artículo 25(a) del PIDCyP: (i) otras cláusulas de instrumentos de derechos humanos que le den prerrogativas a la sociedad civil para participar a nivel internacional, (ii) tratados de otra naturaleza que otorguen derechos de este tipo, (iii) reglas de costumbre internacional que estén emergiendo como resultado de la práctica de los Estados, y (iv) principios generales de derecho.

Primero, (i) existen ciertas *reglas contenidas en instrumentos de derechos humanos*, además del PIDCyP que, bajo su esfera específica de autoridad, también otorgan derechos de participación en los procesos de creación de derecho internacional<sup>84</sup>, confirmando así la plausibilidad de la interpretación del artículo 25(a) que incluye un alcance internacional. Un primer ejemplo de ello es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)<sup>85</sup>. La CEDAW reconoce, en su artículo 7, en general, el derecho de las mujeres a “[p]articipar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de estas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas *en todos los planos gubernamentales*”<sup>86</sup>, incluyendo, además, el derecho a “[p]articipar en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales”<sup>87</sup>. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer interpretó este artículo de un modo expansivo, considerando que protege la “vida política y pública”, y que esto incluye también aquellas actividades políticas que tienen lugar más allá de las fronteras del Estado:

“En virtud del artículo 7, los Estados Partes aceptan tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública y asegurar que disfrute en ella de igualdad con el hombre. La obligación especificada en este artículo abarca todas las esferas de la vida pública y política y no se limita a las indicadas en los incisos a), b) y c) del párrafo. La vida política y pública de un país es un concepto amplio. Se refiere al ejercicio del poder político, en particular al ejercicio de los poderes legislativo, judicial, ejecutivo y administrativo. *El término abarca todos los aspectos de la administración pública y la*

---

<sup>84</sup> Para otros ejemplos, además de los enunciados, véase SECKER, 2009.

<sup>85</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), 1249 U.N.T.S. 13 [de aquí en adelante, CEDAW], art. 7. Es notable que la CEDAW tiene para este propósito el mismo ámbito de aplicación que el PIDCyP, porque reconoce el derecho de las mujeres “en igualdad de condiciones con los hombres”.

<sup>86</sup> CEDAW, art. 7.

<sup>87</sup> CEDAW, art. 7.c.

*formulación y ejecución de la política a los niveles internacional, nacional, regional y local*”<sup>88</sup>.

Además de la cláusula general del artículo 7, la CEDAW cuenta con un artículo específico relativo a la participación de las mujeres en la representación gubernamental y el funcionariado internacional. El artículo 8 establece que los Estados deben tomar “todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales”<sup>89</sup>. El grosero incumplimiento de este artículo por parte de los Estados y de las diversas organizaciones internacionales<sup>90</sup> no impide que éste deba ser considerado para la interpretación del artículo 25(a) del PIDCyP, sino más bien todo lo contrario: sigue siendo derecho vigente, y sigue siendo la base de argumentos jurídicos de parte del movimiento de mujeres<sup>91</sup>, argumentos que se complementan perfectamente con aquel que estoy haciendo aquí respecto del PIDCyP.

Otro ejemplo de este tipo es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El artículo 4(3) de ese tratado establece un derecho general de consulta con

---

<sup>88</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 23*, (24 de junio de 1997), U.N. Doc. A/52/38, párrafo 5.

<sup>89</sup> CEDAW, art. 8. El Comité CEDAW explicó que “En virtud del artículo 8, los gobiernos deben garantizar la presencia de la mujer en todos los niveles y esferas de las relaciones internacionales, lo que exige que se las incluya en la representación de su gobierno en cuestiones económicas y militares, en la diplomacia bilateral y multilateral y en las delegaciones oficiales que asisten a conferencias regionales e internacionales. (...) El fenómeno actual de la mundialización hace que la inclusión de la mujer y su participación en las organizaciones internacionales, en igualdad de condiciones con el hombre, sea cada vez más importante. Incumbe a todos los gobiernos de manera insoslayable integrar una perspectiva de género y los derechos humanos de la mujer en los programas de todos los órganos internacionales. Muchas decisiones fundamentales sobre asuntos mundiales, como el establecimiento de la paz y la solución de conflictos, los gastos militares y el desarme nuclear, el desarrollo y el medio ambiente, la ayuda exterior y la reestructuración económica, se adoptan con escasa participación de la mujer, en marcado contraste con el papel que le cabe en las mismas esferas a nivel no gubernamental. (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 23*, (24 de junio de 1997), U.N. Doc. A/52/38, párrafos 35 & 39).

<sup>90</sup> Ya en 1994, Hilary Charlesworth escribía que “la paupérrima situación de las Naciones Unidas respecto del empleo de mujeres y su resistencia a mejorar violan los estándares de igualdad de la CEDAW. Los patrones de nominaciones tanto de los Estados miembro como de la Secretaría violan los derechos de las mujeres a participar en la toma de decisiones políticas globales” (CHARLESWORTH, 1994, p. 439). Poco ha cambiado desde entonces. Para algunos números actualizados, véase GQUAL, Campaña para la Paridad de Género en la Representación Internacional, *Composición actual de Tribunales Internacionales y Organismos de Monitoreo*, 14 de septiembre de 2015, disponible en <http://www.gqualcampaign.org/composicion-de-tribunales-internacionales-y-cuerpos-de-monitoreo/>.

<sup>91</sup> Véase MARTIN, 2015.



las personas con discapacidad<sup>92</sup>, y el artículo 29 establece la obligación de los Estados de “[a]segurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos”<sup>93</sup>. Según el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como consecuencia de este artículo, los Estados deben “apoyar y trabajar con las organizaciones representativas de las personas con discapacidad en su participación en el proceso político *a los niveles nacional, regional e internacional*”<sup>94</sup>. Además, la Convención prevé que los Estados cooperarán internacionalmente para lograr los propósitos del tratado “en asociación con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes y la sociedad civil, en particular organizaciones de personas con discapacidad”<sup>95</sup> y que “[l]a sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento”<sup>96</sup>. En los hechos, y tal como estaba previsto, las organizaciones de la sociedad civil han sido extremadamente activas en todos los procesos internacionales relativos a la Convención<sup>97</sup>.

El caso de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial es distinto, pero también reafirma la interpretación internacional del artículo 25(a) del PIDCyP. Su artículo 5 lista una serie de derechos que deben ser

---

<sup>92</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), 2515 U.N.T.S. 3, artículo 4(3). En un borrador de Observación General, actualmente bajo estudio, el Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad aplica las disposiciones de este artículo a la esfera internacional: “La participación plena y efectiva expresamente implica y demanda la inclusión de las perspectivas más diversas y la búsqueda de resultados y decisiones de mejor calidad. Incluye la necesidad y la importancia de la representación y la inclusión de personas con discapacidad en distintos órganos de toma de decisiones, tanto a nivel local, regional, nacional e internacional, así como en las instituciones nacionales de derechos humanos, comités *ad hoc*, consejos, organizaciones regionales o municipales, así como a ser nominados o elegidos para cualquiera de estos foros democráticos y representativos” (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general sobre el artículo 4.3 y 33.3 de la Convención sobre la participación de personas con discapacidad en la implementación y monitoreo de la Convención*, Borrador preparado por el Comité, adoptado en su Decimonovena Sesión (16 de marzo de 2018)).

<sup>93</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), 2515 U.N.T.S. 3, artículo 29.

<sup>94</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General n°6* (26 de abril de 2018), U.N. Doc. CRPD/C/GC/6, párrafo 70(d).

<sup>95</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), 2515 U.N.T.S. 3, artículo 32(1).

<sup>96</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), 2515 U.N.T.S. 3, artículo 33(3).

<sup>97</sup> Véase MANCA, 2017.

garantizados en “igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico”, incluyendo derechos de participación<sup>98</sup>. El Comité sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial ha aclarado que este artículo “no crea en sí mismo derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pero presupone la existencia y el reconocimiento de estos derechos”<sup>99</sup>. Lo único que hace la Convención es obligar “a los Estados a prohibir y eliminar la discriminación racial en el disfrute de esos derechos humanos”<sup>100</sup>. Lo notable es que el texto del artículo 5(c), que reconoce “los derechos políticos”, especifica que estos incluyen “el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos *en cualquier nivel*”<sup>101</sup>. Parecería que los Estados, al aprobar este tratado, ratificaron su entendimiento de que los derechos políticos se aplican allí donde haya actividad política, abriendo la puerta a que se extiendan más allá de las fronteras de los Estados.

Un último ejemplo es el del derecho de los pueblos indígenas a participar en diversos procesos de toma de decisiones que los afecten especialmente. El artículo 6.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo obliga a los gobiernos a “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” y a “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente”<sup>102</sup>. Los artículos 10, 11, 19, 28, 29 y 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en tanto, establecen la obligación de obtener el consentimiento previo, libre e informado de estos pueblos respecto de diversas políticas públicas que los afecten<sup>103</sup>. Nada en estas disposiciones sugiere que sean aplicables exclusivamente a la esfera nacional: por el contrario, todas estas cláusulas han sido

---

<sup>98</sup> Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1966), 660 U.N.T.S. 195, artículo 5.

<sup>99</sup> Comité sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1996), *Recomendación general N° XX relativa al artículo 5 de la Convención*, contenida en el U.N. Doc. A/51/18, párrafo 1.

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1966), 660 U.N.T.S. 195, artículo 5(c), énfasis añadido.

<sup>102</sup> Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989), número 169, artículo 6.1.

<sup>103</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Res. A.G. 61/295 (10 de diciembre de 2007), U.N. Doc. A/RES/61/295.

típicamente entendidas como aplicables también a la esfera internacional, requiriendo la participación de los pueblos en la negociación de aquellas normas de derecho internacional que pudieran afectarlos<sup>104</sup>.

Además de los tratados de derechos humanos, existen (ii) numerosos otros *tratados internacionales* que les otorgan específicamente a diversos actores de la sociedad civil un derecho a participar en la creación del derecho internacional, volviendo coherente la interpretación del artículo 25(a) en este sentido<sup>105</sup>. El ejemplo más significativo es probablemente la Convención de Aarhus sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales<sup>106</sup>. Este tratado, firmado por cuarenta y cinco Estados europeos, específicamente establece procedimientos participativos en el ámbito del derecho internacional ambiental<sup>107</sup>. Pero muchos otros tratados podrían ser mencionados, desde la

---

<sup>104</sup> Véase, por ejemplo, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, *Los derechos humanos de las poblaciones indígenas, Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas, Informe final presentado por el Sr. Miguel Alfonso Martínez, Relator Especial* (22 de junio de 1999), U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/20, párrafo 320 (“En el caso de las obligaciones establecidas en tratados bilaterales o multilaterales concertados por Estados y en los que pueblos indígenas sean partes terceras y puedan verse afectados por esos instrumentos, el Relator Especial recomienda que la parte estatal trate de obtener el consentimiento libre e informado de las partes indígenas antes de que traten de imponer las obligaciones en cuestión”); Consejo de Derechos Humanos, *Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (10 de agosto de 2018), U.N. Doc. A/HRC/39/62, Anexo 1, párrafo 1 (“Las Naciones Unidas constituyen un importante foro para facilitar las negociaciones con los Estados acerca del consentimiento libre, previo e informado. En la medida en que las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el Banco Mundial, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), abordan cuestiones relativas a los pueblos indígenas, se dan cuenta de que los derechos humanos expresados en la Declaración son en general aplicables en todos esos contextos. En particular, el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos está negociando actualmente varios instrumentos multilaterales sobre conocimientos tradicionales, recursos genéticos, expresiones culturales tradicionales y otras formas de propiedad intelectual y cultural. En la negociación y redacción de esos instrumentos, la OMPI y los Estados Miembros deberían hacer referencia a la Declaración y, en particular, al principio del consentimiento libre, previo e informado con respecto a la titularidad, utilización y protección de la propiedad intelectual y otros recursos de los pueblos indígenas”).

<sup>105</sup> Véase, al respecto, la abundante práctica identificada en el capítulo siguiente. Charnovitz sugiere, no obstante, que “una revisión de tratados especializados muestra una incorporación de los procesos consultivos con ONGs, pero los tratados típicamente no establecen un deber. Más allá del caso especial de la OIT, donde los delegados de los empleadores y los trabajadores sirven como representantes grupales en el Órgano de Gobierno, la práctica usual en los regímenes internacionales es que la participación de las ONGs sea permisiva más que obligatoria” (CHARNOVITZ, 2006b, p. 369).

<sup>106</sup> Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (1998), 2161 U.N.T.S. 447.

<sup>107</sup> Véase MAISLEY, 2013, p. 116.

propia Carta de las Naciones Unidas<sup>108</sup>, a tratados que han sido redactados, ellos mismos, sin demasiada participación de la sociedad civil, como el TPP<sup>109</sup>.

En tercer lugar, (iii) la práctica mencionada en la sección anterior parece estar dando lugar a un *incipiente derecho consuetudinario a la participación* de las organizaciones de la sociedad civil en la creación del derecho internacional. Esto se debe a que la práctica mencionada en la sección anterior está crecientemente acompañada por una convicción creciente respecto del rol fundamental jugado por la sociedad civil en estos procesos, como lo prueban tanto los documentos mencionados en los párrafos anteriores como otros instrumentos similares. Estudiaré en mayor detalle esta cuestión en el próximo capítulo<sup>110</sup>.

El cuarto tipo de reglas a ser tenidas en cuenta son (iv) los principios generales de derecho. En el capítulo 6, argumentaré que -sea cual sea el método que se adopte para identificar este tipo de normas internacionales- puede afirmarse la existencia de un “principio general de participación”, que al menos contribuye a la interpretación de cláusulas de tratados como el artículo 25(a), inclinando la balanza en el sentido de aumentar las oportunidades de participación pública en toda esfera de gobernanza<sup>111</sup>.

En suma, una mirada a las normas relevantes de derecho internacional también apunta en la dirección de que una interpretación del artículo 25(a) que expande su alcance a la esfera global es al menos posible.

---

<sup>108</sup> Carta de las Naciones Unidas, artículo 71.

<sup>109</sup> El texto del TPP (luego incorporado en el CPTPP) establece mecanismos de participación pública para los diversos órganos que crea el tratado. Por ejemplo, en el capítulo 19 se crea un “Consejo Laboral”, y el artículo 19.14, sobre “participación pública”, establece que “1. En la realización de sus actividades, incluidas las reuniones, el Consejo proporcionará los medios para la recepción y consideración de los puntos de vista de las personas interesadas en los asuntos relacionados con el presente capítulo. 2. Cada Parte establecerá o mantendrá, y consultará a un órgano laboral, nacional, consultivo o asesor, o un mecanismo similar para los miembros de su público, que incluya representantes de sus organizaciones laborales y empresariales, para proporcionar sus puntos de vista sobre los asuntos relativos a este capítulo”. Lo mismo ocurre con el capítulo 26, sobre transparencia y anti-corrupción, cuyo artículo 26.10 dispone que “Cada Parte adoptará las medidas apropiadas, dentro de sus posibilidades y de acuerdo con los principios fundamentales de su sistema legal, para promover la participación activa de individuos y grupos ajenos al sector público, como las empresas, la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales y organizaciones comunitarias, en la prevención y la lucha contra la corrupción en cuestiones que afecten al comercio y la inversión internacionales, y para aumentar la consciencia pública sobre la existencia, las causas, la gravedad y la amenaza que representa la corrupción...”.

<sup>110</sup> Véase el capítulo 5 de esta tesis, particularmente la sección II.1.2.2.

<sup>111</sup> Véase el capítulo 6 de esta tesis.

## 2. LOS ELEMENTOS NORMATIVOS: POR QUÉ EL ARTÍCULO 25(A) DEBERÍA SER INTERPRETADO COMO APLICABLE A LA ESFERA INTERNACIONAL

En la sección anterior, intenté probar que la lectura del artículo 25(a) que lo considera aplicable a la dirección de asuntos públicos internacionales es al menos compatible con el texto y la práctica interpretativa del PIDCyP; o, en otras palabras, que nuestra intérprete *podría* leerlo de este modo. En los capítulos 7, 8 y 9 de la tesis realizaré un estudio profundizado acerca de las razones por las cuales nuestra intérprete no solo podría, sino que además *debería* leerlo de este modo. Lo que quiero adelantar aquí, de todos modos, es el espacio que la propia CVDT abre para este tipo de razonamiento normativo, que además es particularmente coincidente -en el caso del PIDCyP- con el tipo de estructura argumentativa que presentaré en esa última parte de la tesis.

La CVDT impone a nuestra intérprete una obligación de considerar razones normativas en su lectura del Pacto, a través del mandato establecido en el artículo 31 de la Convención, según el cual los tratados deben ser interpretados “de buena fe”, y de acuerdo con su “objeto y fin”<sup>112</sup>. La primera de estas frases, como explicó seminalmente Hersch Lauterpacht<sup>113</sup>, y luego confirmó la Comisión de Derecho Internacional<sup>114</sup>, requiere que el intérprete elija la mejor lectura posible entre aquellas presentadas por el texto y su práctica interpretativa. Como sugerí en un capítulo anterior, la evaluación de esta mejor lectura (la más “efectiva”, en términos de Lauterpacht) no puede estar basada en última instancia en razones jurídicas, de tipo empírico, sino que debe remitirse finalmente a consideraciones normativas<sup>115</sup>. En otras palabras, dependerá de una concepción del derecho -es decir, de una justificación teórica acerca de la autoridad de las normas internacionales- que deberá ser defendida por el intérprete. A su vez, la

---

<sup>112</sup> CVDT, art. 31.1.

<sup>113</sup> “La propia elección de una regla específica o de una combinación o acumulación de reglas es el resultado de una decisión a la que se llega, independientemente de las reglas de interpretación, por referencia a consideraciones de buena fe, de justicia y de política pública bajo el marco de la intención expresa o implícita de las partes o de la legislatura” (LAUTERPACHT, 1949, p. 53).

<sup>114</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, Vol. II, p. 187-274, p. 219 (“Cuando un tratado está abierto a dos interpretaciones, una de las cuales le permite al tratado tener efectos apropiados y la otra no, la buena fe y el objeto y fin del tratado demandan que la primera interpretación sea aquella adoptada”).

<sup>115</sup> Véase el capítulo 3 y PETERS, 2013, pp. 550–552. Véase, más generalmente, DWORKIN, 1986; NINO, 2014.

referencia al “objeto y fin” del tratado apunta en la misma dirección<sup>116</sup>. Como explica George Letsas: “la tarea de identificar el objeto y fin de un tratado y de interpretar el tratado a la luz de ellos es -de una punta a la otra- un ejercicio puramente evaluativo, no empírico”<sup>117</sup>.

Para identificar el objeto y fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entonces, se debe partir de una reflexión general acerca de su estructura y de su rol en el sistema jurídico internacional. Como explica Rosalyn Higgins, los tratados de derechos humanos son un tipo peculiar de acuerdo internacional, dado que “no son solo un intercambio de obligaciones entre Estados, en los que pueden acordar solo en función de su voluntad”; en cambio, “reflejan derechos inherentes en los seres humanos, no dependientes de una concesión por parte del Estado”<sup>118</sup>. Esto es explícitamente reconocido por el Preámbulo del PIDCyP, que claramente afirma que los derechos en la Convención no derivan del consentimiento de los Estados, sino de “la dignidad inherente de la persona humana”<sup>119</sup>. El objeto y fin del PIDCyP, entonces, no es el de “crear” estos derechos, sino más bien, como explicó el Comité de Derechos Humanos, el de “definirlos”, de establecer los estándares en relación a los cuales deben ser medidos, y el de ubicarlos “en un marco de obligaciones que son jurídicamente vinculantes para aquellos Estados que lo ratifiquen”<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> En 1949, Hersch Lauterpach sostenía que “el principio de buena fe impulsa la asunción de un propósito común” (LAUTERPACHT, 1949, p. 77).

<sup>117</sup> LETSAS, 2010, p. 535.

<sup>118</sup> HIGGINS, 1989, p. 607. Como ha notado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82, Ser. A. No. 2 (24 de septiembre de 1982), párrafo 29).

<sup>119</sup> PIDCyP, preámbulo.

<sup>120</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observación general 24: Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto* (2 de noviembre de 1994), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párrafo 7.

Aunque todavía no completamente precisa, esta primera formulación del objeto y fin del Pacto ya es útil para descartar la aplicación a este caso de una aproximación clásica a la interpretación de tratados: la regla conocida como *in dubio mitius*<sup>121</sup>. Los fundamentos de esta regla se remontan a la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1927 en el seminal *Caso del S.S. Lotus*. En esa ocasión, la Corte explicó que las reglas internacionales son vinculantes para los Estados cuando “emanan de su propia voluntad”<sup>122</sup>, y que “no se pueden presumir restricciones a la independencia de los Estados”<sup>123</sup>. Por lo tanto, de acuerdo con esta concepción, como fue anticipado por Lassa Oppenheim, “si el significado de una estipulación es ambiguo, se le debe dar preferencia a aquel que sea menos oneroso para la parte obligada, o a aquel que interfiera menos con la supremacía territorial y personal de las partes, o a aquel que contenga menos restricciones generales sobre las partes”<sup>124</sup>. En el caso del PIDCyP, no obstante, la precedencia de los derechos de los individuos sobre los derechos de los Estados, reconocida en el preámbulo, hace que esta lógica sea incoherente. El propósito mismo del Pacto, como fue anticipado por Lauterpacht, es enfatizar la idea de que “el Estado-nación (...) no es un fin en sí mismo, sino el guardián del bienestar y el propósito de los seres humanos”<sup>125</sup>. El fundamento para la soberanía del Estado, de acuerdo con el Pacto, es su rol en la protección de los derechos de los individuos humanos<sup>126</sup>. Por lo tanto, la interpretación del tratado no puede estar guiada por el fin último de proteger la soberanía

---

<sup>121</sup> Véase GARDINER, 2008, p. 349.

<sup>122</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso del S.S. Lotus*, P.C.I.J. Ser. A, No. 10 (1927) p. 18.

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> OPPENHEIM, 1905, p. 561. Esta posición también fue defendida por Sir Gerald Fitzmaurice: “las obligaciones positivas, o las excepciones a ellas, no pueden ser *inferidas* de un tratado. Si no son explícitas, deben al menos ser una inferencia *necesaria* (y no meramente *posible*) de lo que *sí* está expresado” (G. FITZMAURICE, 1951, p. 9). Fitzmaurice luego reiteró esta posición en su rol como juez de la Corte Europea de Derechos Humanos: “les corresponde a los Estados sobre cuyo consentimiento se apoya la Convención, y de cuyo consentimiento se deriva exclusivamente su fuerza vinculante, cerrar la brecha o corregir el defecto con una enmienda – no le corresponde a un tribunal judicial sustituir a los redactores de la convención, hacer su trabajo por ellos” (Corte Europea de Derechos Humanos, *Golder c. Reino Unido*, Series A, No. 18 (21 de febrero de 1975)). Véase la explicación en LETSAS, 2007, p. 64.

<sup>125</sup> LAUTERPACHT, 2013, p. 50.

<sup>126</sup> Como explica Fernando Tesón, “[e]l fin de los Estados y de los gobiernos es beneficiar, servir y proteger a sus componentes, seres humanos; y el fin del derecho internacional también debe ser el de beneficiar, servir, y proteger a los seres humanos, y no a sus componentes, Estados y gobiernos. El respeto a los Estados es meramente derivado del respeto a las personas. De este modo, la noción de soberanía estatal se redefine: la soberanía del Estado depende de la legitimidad nacional del Estado; y por lo tanto los principios de justicia internacional deben ser congruentes con los principios de justicia interna” (TESÓN, 1992, p. 56). Para una discusión más extensa de este punto, véase el capítulo 7, sección II.1.

de los Estados sino, en cambio, por aquel de “darle un imprimatur a la soberanía indestructible del hombre”<sup>127</sup>.

Este ya es un paso importante en la interpretación del artículo 25(a) del Pacto. Si el propósito del PIDCyP es limitar la soberanía absoluta del Estado y proteger los derechos de los individuos<sup>128</sup>, entonces, frente a una cierta ambigüedad en la redacción del Pacto, como en este caso, debemos optar por aquella interpretación que favorezca al individuo y no por aquella que favorezca al Estado. Este es el principio de interpretación *pro persona*, ampliamente reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos<sup>129</sup>. La aplicación de este principio, en este caso, esto implicaría expandir el alcance del derecho de participar en la conducción de los asuntos públicos a todos estos asuntos, inclusive aquellos que ocurren en la esfera global, más allá de las fronteras nacionales.

Pero, pese a esta conclusión provisoria, el objeto y fin del PIDCyP, si es definido más precisamente, puede ser de mayor utilidad en la interpretación del tratado. Para este propósito, podemos apelar al procedimiento para la identificación de estos fines que fue seminalmente utilizado por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre *Reservas a la Convención de Genocidio*. En esa ocasión, como explicó Jan Klabbers, la Corte derivó el objeto y fin de la Convención de dos elementos: “primero, de las cláusulas preambulares, y segundo, del trabajo precedente de la Asamblea General, como se refleja en las resoluciones sobre el tema”<sup>130</sup>. En ese caso, la Corte concluyó que

---

<sup>127</sup> LAUTERPACHT, 2013, p. 49 Véase también BENVENISTI, 2013. Para una discusión más extensa de este punto, véase el capítulo 7, sección II.1.

<sup>128</sup> Incluso desde un paradigma más cercano al de *Lotus*, no parecen caber dudas de que este es el caso: Johannes Fahner sostiene que “el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 25 del PIDCyP circunscriben la noción jurídica internacional clásica del *domain réservé*, según el cual los Estados tienen la libertad soberana de elegir su propio sistema político. En el caso Nicaragua de 1986, la Corte Internacional de Justicia se refirió a esta libertad en respuesta al argumento presentado por Estados Unidos de que sus intervenciones en Nicaragua estaban justificadas por las tendencias antidemocráticas del gobierno de Nicaragua. La Corte sostuvo que ‘todo Estado posee un derecho fundamental a elegir e implementar su propio sistema político, económico y social’. Al mismo tiempo, la Corte reconoció que los Estados tienen la posibilidad de limitarse a través de acuerdos internacionales, restringiendo su soberanía en estos asuntos. Los tratados de derechos humanos son ejemplos de estas restricciones voluntarias” (FAHNER, 2017, p. 325).

<sup>129</sup> Véase, generalmente, PINTO, 1997.

<sup>130</sup> KLABBERS, 1997, p. 156.



el tratado había sido adoptado por “una razón puramente humana y civilizatoria”<sup>131</sup> y, por lo tanto, que aquellas reservas que obstruyeran este fin último eran inválidas.

En nuestro caso, el Preámbulo del PIDCyP se refiere al “ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria”<sup>132</sup> y a “la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”<sup>133</sup>. El trabajo precedente de la Asamblea General, en tanto, incluye referencias a las “libertades fundamentales para todos, sin distinciones”, y al hecho de que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”<sup>134</sup>. Dos elementos parecen comunes a todas estas referencias: por un lado, el propósito de asegurar la libertad del individuo, y por el otro, el propósito de asegurarla de forma igualitaria. Por lo tanto, no parece demasiado complejo asumir que el objeto y fin del PIDCyP es la protección igualitaria de la libertad inherente a todos los individuos, un propósito que -no sorprendentemente- también está “en el corazón de todas las teorías políticas plausibles”<sup>135</sup>.

En los capítulos 7, 8 y 9 de la tesis presentaré un argumento conectando este “principio de igualdad moral” -aquí codificado por el PIDCyP- con el derecho de la sociedad civil a participar en la dirección de los asuntos públicos globales. El argumento es extenso y tiene varios matices y complejidades, pero la idea central se apoya en que “ser respetado como un igual implica (entre otras cosas) ser respetado como un agente, y como un decisor responsable”<sup>136</sup>. Este respeto a la agencia y la capacidad decisoria de cada persona debería traducirse, a la hora de tomar decisiones públicas (sean nacionales, internacionales, transnacionales, globales, etc.), en procedimientos que sean tan inclusivos como sea posible. Dado que todas y todos los ciudadanos son decisores responsables, y que los asuntos públicos les competen a todos ellos, las restricciones a las posibilidades de participar en estas decisiones deberían ser reducidas al mínimo y

---

<sup>131</sup> Corte Internacional de Justicia, *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, Opinión Consultiva, 1951 I.C.J. 15 (28 de mayo), página 23.

<sup>132</sup> PIDCyP, preámbulo.

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Res. A.G. 217 A (III) (10 de diciembre de 1948), U.N. Doc. A/RES/3/217 A, artículo 1.

<sup>135</sup> KYMLICKA, 2002, p. 4. Véase, al respecto, la discusión del capítulo 7.

<sup>136</sup> WALDRON, 2017, p. 13. Waldron además afirma que “[i]gnorar las opciones de los demás no es tratarlos como iguales” (WALDRON, 2017, p. 13).

justificadas muy cuidadosamente. La regla general debería ser, entonces, la participación, y cualquier otro mecanismo debería ser la excepción. No existe, además, ninguna razón *a priori* válida para restringir la aplicación de esta lógica a las decisiones públicas nacionales. Por el contrario, dada la creciente migración de los “sitios de poder”<sup>137</sup> de la esfera nacional a la esfera global, la necesidad de que existan mecanismos participativos en esa instancia es cada vez más urgente.

Si este argumento es exitoso, entonces, cuando nuestra intérprete quiera cumplir con el mandato del artículo 31 de la CVDT de interpretar el PIDCyP “de buena fe” y de acuerdo con su “objeto y fin”, deberá optar por aquella lectura del artículo 25(a) que solamente restrinja las oportunidades de participación en aquellas circunstancias en las que ello sea indispensable. Dado que, *a priori*, no se puede establecer que esas circunstancias estén generalmente presentes en el caso de la creación de derecho internacional, el artículo 25(a) del PIDCyP debería ser interpretado como el reconocimiento de un derecho humano a participar en la dirección de los asuntos públicos nacionales, pero también más allá de las fronteras del Estado-nación.

## **II. DEL “SI” AL “CÓMO”: EL DERECHO HUMANO A PARTICIPAR EN LA CREACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL**

Si esto es así, entonces, puede parecer entonces que este derecho humano -que permite a todo el mundo participar directamente en la creación de derecho internacional- requeriría el establecimiento de una asamblea legislativa global, compuesta por más de siete mil millones de personas, algo obviamente imposible. No obstante, una cosa no se sigue necesariamente de la otra. Como explica el Comité de Derechos Humanos, los Estados pueden aplicar condiciones al ejercicio del derecho a la participación, siempre que “estén basados en criterios objetivos y razonables”<sup>138</sup>. En este caso, hay una razonabilidad obvia en la decisión de la comunidad internacional de aplicar condiciones al ejercicio del derecho, y de canalizar de algún modo la participación de los individuos, porque “de otro modo el sistema colapsaría”<sup>139</sup>. En lo que sigue, exploraré las condiciones

---

<sup>137</sup> HELD, 1995b, p. 173.

<sup>138</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 25: (Art. 25)*, (7 de diciembre de 1996), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, párrafo 4. Véase también Comité de Derechos Humanos, *Marshall c. Canada*, (4 de noviembre de 1991), U.N. Doc. CCPR/C/43/D/205/1986, párrafo 40.

<sup>139</sup> PETERS, 2009b, p. 222.

que pueden ser impuestas al derecho, para tratar de comenzar a delinear su contenido, que será estudiado con mayor profundidad en el próximo capítulo.

## **1. DEL INDIVIDUO A LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL**

La condición más importante que se aplica al derecho a participar en la creación del derecho internacional es que no es un derecho que pueda ser normalmente ejercido de modo individual, sino que se ejercita a través de organizaciones de la sociedad civil<sup>140</sup>. Esta no es una condición inusual: en la política nacional, por ejemplo, los individuos que quieren presentarse a un cargo electivo no pueden hacerlo por su cuenta: tienen que organizarse en partidos políticos, que normalmente tienen que cumplir con ciertas reglas y con algunos estándares mínimos. En el caso de la creación de derecho más allá de las fronteras del Estado, el requisito de canalizar las voces individuales a través de grupos organizados es una consecuencia inevitable de la escala gigantesca de la deliberación. Los individuos pueden participar directamente en la discusión, pero, para ello, no parece irrazonable exigir que se organicen en asociaciones voluntarias.

Raphael Ben-Ari ha argumentado recientemente que este giro desde los derechos de los individuos a los derechos de la sociedad civil “es conceptualmente erróneo y jurídicamente problemático”<sup>141</sup>. Conceptualmente, sostiene Ben-Ari, “la agregación es un fundamento muy pobre del cual derivar derechos colectivos”<sup>142</sup>. Para él, “un interés individual necesariamente depende de un interés colectivo ‘si y solo si el interés individual no existe significativamente, o no puede ser significativamente cumplido en la ausencia de que se cumpla con el interés colectivo’”<sup>143</sup>. En cuanto al aspecto jurídico, Ben-Ari sostiene que una ONG “no es de ningún modo un mejor representante de la elección individual que el Estado-nación, y el individuo no entra en relaciones inherentemente más cercanas con ninguna ONG internacional que con el Estado”<sup>144</sup>.

Creo que Ben-Ari saca conclusiones incorrectas de premisas correctas. En cuanto al aspecto conceptual, estoy de acuerdo en que los derechos colectivos solo emergen cuando

---

<sup>140</sup> Anne Peters menciona algunas de las excepciones, tales como algunos procedimientos del Banco Mundial, y otros procesos de revisión judicial. Véase PETERS, 2009b, p. 160.

<sup>141</sup> BEN-ARI, 2012, p. 310.

<sup>142</sup> BEN-ARI, 2012, p. 310.

<sup>143</sup> BEN-ARI, 2012, pp. 310–311.

<sup>144</sup> BEN-ARI, 2012, p. 311.

el interés individual no puede ser cumplido significativamente sin el grupo<sup>145</sup>. No obstante, a diferencia de él, creo que esto es exactamente lo que ocurre en el escenario global: sería imposible para cada individuo participar por sí mismo en las deliberaciones, pero parece en cambio posible proteger este interés de participación si demandamos que canalicen sus voces a través de organizaciones. Estas asociaciones voluntarias son la herramienta requerida para cumplir con el interés reflejado en el artículo 25(a) del PIDCyP. Más aún, lo hacen sin restringir significativamente la posibilidad individual de hacer oír su voz; solo requiriendo mínimamente que todos aquellos que piensan igual sobre un cierto tema presenten su posición en conjunto.

En cuanto al aspecto jurídico, estoy de acuerdo en que las organizaciones de la sociedad civil no son mejores representantes de los intereses de los pueblos que los Estados. Definitivamente, no lo son: la determinación más imparcial de la voluntad de un cierto pueblo es aquella que se deriva de un proceso democrático de toma de decisiones<sup>146</sup>, algo que garantiza el Estado. No obstante, las organizaciones de la sociedad civil pueden, en efecto, representar mejor los intereses de ciertos sectores de la población, particularmente aquellos que no están de acuerdo con la posición del gobierno<sup>147</sup>. Volveré sobre este punto en más detalle en el capítulo 8<sup>148</sup>. De cualquier modo, el punto aquí es que la afirmación de que los individuos no entran en relaciones más cercanas con ONGs que con los Estados es dogmática: hay algunos que ciertamente sí lo hacen, mientras que

---

<sup>145</sup> Mi argumento para defender los derechos de la sociedad civil es, entonces, radicalmente diferente del argumento de otros autores y autoras. Anna-Karin Lindblom, por ejemplo, explica que los “derechos de organizaciones”, como los llama, “tienen por propósito proteger no solamente los intereses de un individuo que pertenece al grupo, o el agregado de los intereses de todos los individuos del grupo, sino los intereses del grupo como tal” (LINDBLOM, 2006, p. 134). Así, Lindblom suscribe lo que Peter Jones ha llamado “concepción corporativa de los derechos grupales”, es decir, una que considera “a un grupo que tiene derechos en la misma forma inmediata e irreductible en la que una persona puede tener derechos” (JONES, 1999, p. 362). Mi posición es muy distinta: como explicaré en las secciones II.1 del capítulo 7 y II.2.3.4 del capítulo 8, yo creo -siguiendo a Carlos Nino- que adscribirles derechos a los grupos u organizaciones “solo tiene algún sentido, que no sea puramente metafórico, si se las asocia sistemáticamente a frases respecto de la conciencia o racionalidad de un individuo o grupos de individuos” (NINO, 1989, p. 253). Por lo tanto, los derechos de las organizaciones no se pueden basar en los intereses de un ente colectivo abstracto, sino en aquellos de los propios individuos que lo componen (véase BEITZ, 2009, p. 113; BENHABIB, 2012; FABRE, 2014, pp. 89–90; KYMLICKA, 2002, pp. 338–343; MARGALIT & RAZ, 1990; PETER, 2013; POST, 2000, p. 212; WALDRON, 1993, p. 360).

<sup>146</sup> Véase, por ejemplo, J. COHEN, 1989; GARGARELLA, 1998a; MAISLEY, 2015a; MARTÍ, 2006a; NINO, 1996. Para una discusión más detallada de este punto, véanse los capítulos 7 y 8 de esta tesis.

<sup>147</sup> LINDBLOM, 2006, p. 378.

<sup>148</sup> Véase la sección II.2.3.1 del capítulo 8.

muchos otros no. En el caso de los que no, es importante que sus voces sean escuchadas, y las organizaciones de la sociedad civil pueden ser útiles para este propósito.

## 2. PROCEDIMIENTOS DE ACREDITACIÓN

La segunda condición generalmente impuesta en la esfera global sobre este derecho a la participación es también aceptada sin demasiados problemas (al menos en su formulación más general) tanto en la doctrina<sup>149</sup> como en la práctica real de la comunidad internacional<sup>150</sup>: todo el mundo acuerda en que no se puede admitir a todas las organizaciones de la sociedad civil en la mesa, al mismo tiempo.

Hay razones prácticas y sustantivas para esto. Primero, sería materialmente imposible permitirle a cada grupo de individuos, sin ningún prerrequisito, presentar sus ideas antes de que cada decisión sea tomada por cada órgano internacional<sup>151</sup>. Esto llevaría o bien a discusiones sin fin, o bien a intervenciones sin ninguna significación<sup>152</sup>. Este fue el caso, por ejemplo, cuando la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas intentó incluir a muchas organizaciones en las discusiones, y debió reducir el tiempo de las presentaciones a un minuto y medio por orador<sup>153</sup>. En casos como este, admitir a todos sin restricciones puede terminar siendo, de hecho, contraproducente para el propósito de fortalecer la participación efectiva. Segundo, la admisión de grupos de la sociedad civil en el proceso de creación de derecho internacional puede ser abusada por ciertos gobiernos que pretenden promover sus intereses o bloquear los de otros Estados, distorsionando la deliberación<sup>154</sup>. Olivier de Frouville ha documentado el surgimiento de

---

<sup>149</sup> ASTON, 2001; LINDBLOM, 2006; PETERS, 2009b; REBASTI, 2008.

<sup>150</sup> Véanse, por ejemplo, los procedimientos descriptos en LINDBLOM, 2006; REBASTI, 2008.

<sup>151</sup> Véase, por ejemplo, Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil, *Nosotros los pueblos: la sociedad civil, las Naciones Unidas y la gobernanza global Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil*, U.N. Doc. A/58/817 (11 de junio de 2004), párrafos 23, 25, 123, 140, 142.

<sup>152</sup> “Si las Naciones Unidas incorporaran en cada debate a todo aquel que resultara pertinente para la cuestión, las reuniones serían interminables y no se llegaría a conclusiones. Además, los gobiernos buscarían otros foros para realizar sus negociaciones como han hecho en las esferas del comercio y la economía. El Grupo considera que es necesario encontrar un equilibrio adecuado” (*ibid.*, párrafo 23).

<sup>153</sup> Véase REBASTI, 2008, p. 42.

<sup>154</sup> El Informe Cardoso también expresó su preocupación acerca

The Cardoso Report also expressed its concerns regarding “el fenómeno cada vez más frecuente de la acreditación de organizaciones no gubernamentales patrocinadas y controladas por los gobiernos. Al no ser independientes, estas ‘organizaciones no gubernamentales organizadas por los gobiernos’ reflejan las posturas de sus respectivos gobiernos. Sus intervenciones en los foros de las Naciones Unidas podrían ser mejor utilizadas por otras entidades, en consonancia con el espíritu original de la acreditación” (Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil,

una “sociedad servil”<sup>155</sup>, que interviene en los procedimientos de diversos órganos de derechos humanos con el único propósito de apoyar a un Estado en un conflicto bilateral (como los que existen entre Cuba y Estados Unidos<sup>156</sup>, o entre India y Paquistán<sup>157</sup>), o de defender a ciertos gobiernos de cualquier acusación que sea realizada contra ellos (como en el caso de ciertas ONGs chinas<sup>158</sup> o tunecinas<sup>159</sup>). En estos casos, las organizaciones no son vehículos para la participación de los individuos, sino más bien instrumentos de Estados que pretenden deformar las discusiones. En suma, parece haber razones materiales y razones normativas por las que “ciertos mecanismos de acreditación para las ONGs que quieran participar en la gobernanza global siguen siendo indispensables”<sup>160</sup>.

No obstante, los desacuerdos comienzan cuando la discusión gira, primero, a *cuáles* deberían ser los requisitos para la acreditación, y segundo, a *quiénes* deberían estar a cargo de dicho proceso. Con respecto al primer punto, la regla más importante respecto de la participación de organizaciones no gubernamentales en procedimientos internacionales, la Resolución 96/31 del ECOSOC (que regula la prerrogativa general contenida en el artículo 71 de la Carta), actualmente menciona una serie de requisitos para que una organización reciba estatus consultivo: debe ocuparse de asuntos que queden bajo la competencia de los órganos en los que pretende ser acreditada<sup>161</sup>, debe tener fines y propósitos compatibles con la Carta de las Naciones Unidas<sup>162</sup>, y debe “tener reconocida reputación en su esfera particular de competencia o carácter representativo”<sup>163</sup>, debe ser

---

*Nosotros los pueblos: la sociedad civil, las Naciones Unidas y la gobernanza global Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil*, U.N. Doc. A/58/817 (11 de junio de 2004), párrafo 127).

<sup>155</sup> DE FROUVILLE, 2008, pp. 72–81.

<sup>156</sup> “Las ONGs cubanas combinan defensa y ataque respecto de su único enemigo: los Estados Unidos de América. Cada intervención incluye un comentario laudatorio destinado a demostrar la legitimidad de las autoridades cubanas: el bienestar de las mujeres y jóvenes cubanos, la justificación de esta o aquella legislación represiva”, etcétera (DE FROUVILLE, 2008).

<sup>157</sup> DE FROUVILLE, 2008.

<sup>158</sup> Estas son organizaciones con vínculos estrechos con el Partido Comunista Chino (DE FROUVILLE, 2008).

<sup>159</sup> “Estas ONGs difunden el discurso presidencial incluso dentro de organizaciones internacionales, y se enfrentan con ‘otras’ ONGs que, con inseguridad patente, acusan al régimen de no respetar los derechos humanos” (DE FROUVILLE, 2008).

<sup>160</sup> PETERS, 2009b, p. 224.

<sup>161</sup> Consejo Económico y Social (ECOSOC), Res. 1996/31 (25 de julio de 1996), U.N. Doc. E/RES/1996/31, art. 1.

<sup>162</sup> *Ibid.*, art. 2.

<sup>163</sup> *Ibid.*, art. 9.

democrática en su funcionamiento interno<sup>164</sup>, y rendir cuentas a sus miembros<sup>165</sup>, debe tener una sede establecida<sup>166</sup>, debe determinar sus representantes ante el órgano internacional<sup>167</sup>, y debe recibir su financiamiento de sus propios afiliados<sup>168</sup>. Algunos académicos han estudiado estos requisitos, y han sostenido que algunos de estos requisitos deberían ser modificados, y que otros deberían ser agregados<sup>169</sup>. No quiero entrar en estos detalles aquí. Como explica Lindblom, la cuestión de “si el derecho internacional debería proveer y proteger una forma de participación política a través de las organizaciones no gubernamentales está en un plano distinto y más fundamental que el asunto de qué organizaciones en particular deberían poder participar en qué situaciones particulares”<sup>170</sup>. Mientras que los requisitos no sean excesivamente restrictivos del derecho y sean razonables, pueden ser entendidos como una condición aceptable.

Estas consideraciones no se aplican tan directamente al segundo punto, es decir, el de *quién* debería evaluar el cumplimiento de estos requisitos. En la mayor parte de los procedimientos actualmente vigentes, esta capacidad está en cabeza de los Estados<sup>171</sup>, proveyendo amplio margen para la manipulación política. Por ejemplo, organizaciones de derechos humanos que critican las políticas de ciertos Estados han sido consistentemente excluidas de participar en órganos internacionales por la operación política de esos propios Estados, que encuentran excusas jurídicas para silenciar sus voces<sup>172</sup>. Jurij Aston, quien ha documentado varias instancias de esto, ha descrito la situación como “el zorro cuidando el gallinero”<sup>173</sup>. Por lo tanto, hay cierto acuerdo en cuanto a que, como explica el Informe Cardoso, “el proceso de selección debería ser

---

<sup>164</sup> *Íbid.*, art. 10.

<sup>165</sup> *Íbid.*, art. 12.

<sup>166</sup> *Íbid.*, art. 10.

<sup>167</sup> *Íbid.*, art. 12.

<sup>168</sup> *Íbid.*, art. 13.

<sup>169</sup> Véase, fundamentalmente, PETERS, 2009b, p. 224.

<sup>170</sup> LINDBLOM, 2006, p. 525.

<sup>171</sup> Véanse, por ejemplo, los procedimientos descritos en LINDBLOM, 2006; REBASTI, 2008.

<sup>172</sup> Véanse los ejemplos en ASTON, 2001; LINDBLOM, 2006, pp. 383–386.

<sup>173</sup> ASTON, 2001, p. 950.

técnico y no político”<sup>174</sup>, y que esto requiere ciertas reformas institucionales tales como, por ejemplo, mejorar el rol de las secretarías en el proceso<sup>175</sup>.

### 3. VOZ, PERO NO VOTO

La tercera condición -y, probablemente, la más notable- que se impone al derecho humano a participar es que los individuos (y las organizaciones de la sociedad civil) no tienen un *derecho a votar* respecto del resultado del proceso en el que participan, ni un *derecho a elegir* representantes directamente a los procesos globales de toma de decisiones. No obstante, tienen el derecho de elegir representantes<sup>176</sup> que están en última instancia a cargo de tomar las decisiones finales en los procesos tradicionales de creación de derecho internacional, es decir, sus gobiernos.

No creo que la aplicación de esta condición viole el requisito de razonabilidad o, lo que es lo mismo, que la ausencia de un parlamento global sea en sí misma una violación del derecho contenido en el artículo 25(a) del PIDCyP. La razón clave para ello es que, a diferencia de la libertad más amplia respecto de la participación, la igual libertad respecto del voto está mínimamente asegurada por los procesos representativos que tienen lugar dentro del Estado.

Mi posición puede ser explicada con una analogía. En la mayor parte de los Estados federales, hay una división entre quienes defienden la existencia de un distrito único, en el que se eligen múltiples representantes<sup>177</sup> (lo que puede ser más representativo de los intereses del pueblo como un todo), y quienes defienden la existencia de muchos distritos, en los que se elige un único representante<sup>178</sup> (lo que puede ser más representativo de los intereses de cada distrito, y lograr una relación más cercana entre representantes y representados). Sea cual sea la preferencia, siempre y cuando cada individuo tenga un voto, es claro que la determinación del sistema no es una cuestión de derechos humanos. Como explica el Comité de Derechos Humanos, las modalidades de este aspecto decisivo

---

<sup>174</sup> Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil, *Nosotros los pueblos: la sociedad civil, las Naciones Unidas y la gobernanza global Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil*, U.N. Doc. A/58/817 (11 de junio de 2004), párrafo 121.

<sup>175</sup> PETERS, 2009b, p. 223

<sup>176</sup> Véase. FRANCK, 1992; MAISLEY, 2015a.

<sup>177</sup> Por ejemplo, los diputados en el Congreso de la Unión, en México.

<sup>178</sup> Por ejemplo, los Miembros del Parlamento, en Canadá.



de la toma de decisiones pueden ser determinadas por los Estados<sup>179</sup>. No obstante, sí habría problemas de derechos humanos si las organizaciones de la sociedad civil solo pudieran hacer oír sus voces en sus distritos locales, pero no a nivel federal.

La misma distinción se puede hacer en relación con el derecho de los ciudadanos en la esfera global. Los defensores de los parlamentos globales pueden afirmar que estas instituciones son más capaces de reflejar las preferencias de los individuos que los Estados<sup>180</sup>, y los defensores de un sistema interestatal responderán que “deshacerse de los Estados implicaría una única comunidad política global, que sería remota para los ciudadanos, inevitablemente inflexible, y complicada”<sup>181</sup>. La discusión es interesante, y puede valer la pena darla. No obstante, creo, no puede ser considerada una cuestión de derechos humanos. Por el contrario, la exclusión de grupos de la sociedad civil de las deliberaciones en un nivel -y, particularmente en el nivel en el que la decisión es finalmente tomada- sí es una violación explícita de la igual libertad política de esos ciudadanos, y debería ser entendida como una violación de derechos humanos por parte de aquellos Estados y organizaciones internacionales que conducen el proceso.

Alguien podría afirmar que, con la aplicación de esta condición, se le quitaría al derecho de participación toda su significación. “Ser escuchado puede ser lindo”, pueden decir, “pero lo que verdaderamente cuenta, al final, es solo lo que se vota”. Creo que esta posición no es del todo convincente. Si están presentes ciertas condiciones, la “coacción

---

<sup>179</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 25: (Art. 25)*, (7 de diciembre de 1996), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, párrafo 5. As explained by the Committee in another case, “no se puede interpretar que el apartado a) del artículo 25 del Pacto significa que cualquier grupo directamente afectado, grande o pequeño, tiene derecho incondicional a elegir las modalidades de su participación en la dirección de los asuntos públicos. De hecho, ello equivaldría a extrapolar el derecho a la participación directa de los ciudadanos mucho más allá del alcance del apartado a) del artículo 25” (Comité de Derechos Humanos, *Marshall c. Canada*, (4 de noviembre de 1991), U.N. Doc. CCPR/C/43/D/205/1986, párrafo 5.5). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos coincide, sosteniendo que “[e]l derecho a la participación política deja margen para una amplia variedad de formas de gobierno, existen muchas alternativas constitucionales en cuanto al grado de centralización de los poderes del Estado o la elección y atribuciones de los órganos responsables del ejercicio de esos poderes, pero el marco democrático es un elemento esencial para el establecimiento de una sociedad política en que se puedan realizar plenamente los valores humanos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Statehood Solidarity Committee c. Estados Unidos de América* (29 de diciembre de 2003), Caso 11.204, Informe No. 98/03, párrafo 85). Véase también SECKER, 2009, p. 701; STEINER, 1988, p. 87.

<sup>180</sup> Véase, por ejemplo, FALK & STRAUSS, 2000b, p. 20; MARTÍ, 2010.

<sup>181</sup> PETERS, 2009a, p. 272. Véase también LINDBLOM, 2006, p. 30 (“el sistema jurídico internacional no está listo para la representación directa de pueblos y grupos”), y BENVENISTI, 2013, p. 301 (“la preservación de la discreción nacional -incluso algo limitada- puede promover, más que suprimir, la deliberación y experimentación global. La soberanía no debe ser condenada, sino, en cambio, celebrada, en la medida en que incorpore cierta responsabilidad respecto del resto de la humanidad”).

sin coacciones del mejor argumento”<sup>182</sup> es muy capaz de influenciar la decisión final, y es un componente clave de la participación política<sup>183</sup>. Se podrían mencionar numerosos ejemplos, tanto en términos de iniciativas de ONGs y de influencia de estas sobre la formulación de regulación propuesta inicialmente por los Estados. Respecto de la primera, probablemente los ejemplos más conocidos sean la Convención contra la Tortura de 1984, y la Convención contra las Minas Antipersonales de 1996, en las cuales se les reconoce un rol central a Amnistía Internacional y a la Coalición Internacional para Prohibir las Minas Antipersonales, respectivamente<sup>184</sup>. En ambos casos, las ONGs lograron conseguir el apoyo de los Estados luego de apelar fuertemente a la opinión pública. Un proceso similar ocurrió en las negociaciones del Estatuto de Roma, en el cual organizaciones feministas consiguieron una cuota sin precedentes de juezas mujeres en la Corte Penal Internacional<sup>185</sup>. Lo que estos eventos prueban no es que los Estados han perdido su rol en la toma de decisiones, sino más bien, como explica el Informe Cardoso, que

“La democracia participativa está cobrando más importancia junto a la democracia representativa. La legitimidad en la conformación de la política no se deriva exclusivamente de la urna electoral. La opinión pública se está revelando con todo derecho como una pujante fuerza en la formulación de las políticas y las prioridades mundiales; asimismo, las organizaciones intergubernamentales deberían hacerse más responsables, transparentes y sensibles a los ciudadanos a nivel mundial”<sup>186</sup>.

Por supuesto, esto no es automático, y la capacidad de las organizaciones de la sociedad civil de ejercer una influencia real sobre los procesos de toma de decisiones globales depende de una serie de factores diversos, entre ellos la mejora de los mecanismos representativos. Volveré sobre este punto en más detalle en la discusión del

---

<sup>182</sup> HABERMAS, 1996, p. 306.

<sup>183</sup> “Un cínico podría criticar una voz tan imperfecta como políticamente insignificante”, sostiene Eyal Benvenisti, “y, en efecto, esto puede ser cierto. Pero cuando existen vínculos inter-culturales entre las comunidades, las voces son importantes, incluso cuando no sean apoyadas por el voto” (BENVENISTI, 1999, p. 208). Véase, sobre este punto, generalmente, HABERMAS, 1996, y la discusión sobre la aplicación de su teoría de la democracia deliberativa a la esfera global en el capítulo 8 de esta tesis.

<sup>184</sup> Véase BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 67–68 y la discusión del capítulo 8.

<sup>185</sup> Véase GLASIUS, 2006.

<sup>186</sup> Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil, *Nosotros los pueblos: la sociedad civil, las Naciones Unidas y la gobernanza global Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil*, U.N. Doc. A/58/817 (11 de junio de 2004), párrafo 37.

capítulo 8. No obstante, basta aquí con sostener que la participación a través de la deliberación puede tener una relevancia crucial en los procesos de toma de decisiones, separada -aunque complementaria- de aquella que tiene la posibilidad de votar por una u otra opción.

#### **4. PARTICIPACIÓN EN LA CREACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL INFORMAL**

Una condición final sobre el derecho a la participación tiene que ver con su formalidad. Pese a que la existencia de un proceso formal de acreditación puede parecer más transparente y, por lo tanto, más adecuado, ciertas instancias de creación de derecho internacional son incompatibles con este tipo de práctica. En cambio, en el caso de la creación de costumbre internacional, y en ciertos procesos de determinación de estándares gobernados por entidades privadas o híbridas<sup>187</sup>, la participación de la sociedad civil se lleva a cabo informalmente, sin reglas específicas que gobiernen su rol en las discusiones. Aunque creo que este esquema es sub-óptimo respecto de uno más formal (principalmente porque la informalidad tiende a beneficiar a aquellos que tienen más recursos y mejores conexiones), entiendo que, si en última instancia se permite la participación en términos aceptables, entonces se puede decir que el derecho ha sido respetado.

### **III. CONCLUSIÓN: EL ARTÍCULO 25(A) DEL PIDCyP Y EL DERECHO DE LA SOCIEDAD CIVIL A PARTICIPAR EN LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL COMO UN DERECHO HUMANO**

Este capítulo estuvo dedicado a estudiar una primera fuente, de naturaleza convencional, que nuestra intérprete puede considerar en su exploración en busca de un potencial derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional: el artículo 25(a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que le otorga a cada ciudadano y ciudadana “el derecho y la oportunidad (...) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”<sup>188</sup>.

El objetivo del capítulo fue probar que el derecho contenido en este artículo no se refiere solamente a la participación en decisiones políticas nacionales, sino que también abarca decisiones políticas globales, tales como las de creación de normas de derecho internacional. Sostuve para ello, primero, que los elementos empíricos cuya

---

<sup>187</sup> Véase, por ejemplo, BERNSTEIN & HANNAH, 2008.

<sup>188</sup> PIDCyP, artículo 25(a).

consideración requiere el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados abren la puerta a esta lectura: (1) el sentido corriente del término “asuntos públicos” no parece estar restringido a asuntos nacionales; (2) otras cláusulas del tratado relacionadas con el artículo 25 son también aplicables a esta esfera; (3) la práctica ulterior de los Estados en torno al artículo parece compatible con esta interpretación; y (4) existen otras normas internacionales que sugieren que esta conclusión es convincente. Sugerí, además, que el objeto y fin del PIDCyP debería inclinar a nuestra intérprete de modo decisivo en este sentido.

En la última parte del capítulo, finalmente, realicé una exploración del contenido que podría tener este derecho a la participación en la dirección de los asuntos globales consagrado en el artículo 25(a) del PIDCyP. Sostuve (1) que es razonable que el derecho sea ejercido a través de organizaciones de la sociedad civil, que (2) luego de un procedimiento de acreditación que cumpla ciertas pautas, (3) deberán tener voz -pero no voto- en las negociaciones de nuevas normas internacionales, (4) formales e informales.

## **CAPÍTULO 5: EL DERECHO CONSUETUDINARIO DE LA SOCIEDAD CIVIL A PARTICIPAR EN LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: ACCESO, GARANTÍAS Y VOZ**

Como vimos en el capítulo anterior, en los últimos cuarenta años, las organizaciones de la sociedad civil han ganado mayor acceso a diversos foros de creación de derecho internacional<sup>1</sup>. Desde ambientes altamente institucionalizados, como el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a espacios más informales, como los diversos foros de la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN), hoy en día es habitual encontrar representantes de organizaciones de la sociedad civil caminando por los pasillos, cabildeando a delegados estatales, redactando propuestas de nuevas regulaciones, realizando presentaciones formales y, más ampliamente, participando en un diálogo simultáneo con funcionarios estatales y con la opinión pública global respecto de las regulaciones que van a ser establecidas<sup>2</sup>.

Pese a que nadie discute esta tesis descriptiva acerca de la expansión, en los hechos, de la participación de la sociedad civil, las y los académicos -como vimos en el primer capítulo- han evaluado de forma divergente sus implicancias jurídicas. Específicamente, solo una minoría de autoras y autores considera que la práctica se ha vuelto lo suficientemente consistente y generalizada como para adquirir naturaleza consuetudinaria y, de ese modo, volverse vinculante para los Estados y para diversas instituciones internacionales<sup>3</sup>. Estos pocos autores y autoras en general se apoyan en el crecimiento de

---

<sup>1</sup> Además de la sección I.1.3 del capítulo anterior, véase, generalmente, por ejemplo, IRIYE, 2002; THÜRER, 1998. Véase también la revisión de la bibliografía en CHARNOVITZ, 2011, p. 892. Este punto ha sido reconocido incluso por aquellos que se oponen a este tipo de desarrollos. Kenneth Anderson, por ejemplo, narra que “uno difícilmente pueda concurrir por estos días a un evento de elites internacionales de un tipo u otro en el que hable un funcionario internacional sin escuchar, sin importar el tópico, una suerte de adulación de las ONGs, un himno de gratitud a la ‘sociedad civil internacional’, y cómo está haciendo que la burocracia internacional sea más *accountable* y efectiva” (ANDERSON, 2000, p. 112).

<sup>2</sup> En este capítulo, utilizaré los términos “organizaciones de la sociedad civil” y “organizaciones no gubernamentales” de manera intercambiable. Hay bastantes discusiones sobre estas nociones, y sobre los límites de cada una de las categorías (si incluyen o no a las empresas, a actores religiosos, etcétera). Evitaré esas discusiones aquí, limitando mi argumento a organizaciones que claramente cumplen los requisitos para ser parte de ambas categorías. Para más sobre estas discusiones, véase MARTENS, 2002. Para la noción de sociedad civil con la que trabajo a lo largo de la tesis -compatible con esta aproximación- véase la sección I.1 del capítulo 1.

<sup>3</sup> Véase NIJMAN, 2004, p. 469; NOWROT, 1999, p. 625; SZAZI, 2012, pp. 143–169; WILLETTTS, 2000, p. 205. Para una revisión de la bibliografía más precisa, véase la sección I.3 del capítulo 1 de la tesis.

la participación<sup>4</sup>, y en su deseabilidad en términos normativos<sup>5</sup> para afirmar, en términos muy generales, que existe un derecho de las organizaciones de la sociedad civil a participar en estos procesos. Mientras tanto, como vimos, la mayor parte de la doctrina sigue la posición clásica de Alan Boyle y Christine Chinkin, quienes sostienen que, aunque este derecho puede llegar a emerger en el futuro, “es todavía prematuro aseverar que existe un derecho al acceso y la participación”<sup>6</sup>. Pese a que los argumentos presentados por estos autores para negar la existencia del derecho son diversos, creo que hay dos ideas que son centrales en su posición común: primero, que hay demasiadas inconsistencias en la práctica para considerar que existe un derecho general a participar, y segundo, que el derecho a participar es una idea vaga, con contenido incierto, cuyo estatus es difícil de determinar<sup>7</sup>.

En este capítulo, intentaré responder a estos dos argumentos, con el propósito de defender la posibilidad de la existencia de un derecho consuetudinario de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional. El capítulo estará dividido en tres secciones. En la primera, (I) responderé al segundo argumento, retomando algunas ideas presentes en la bibliografía respecto del potencial contenido del derecho. Sostendré allí que este derecho puede ser dividido en tres partes: un derecho general de acceso, algunas garantías mínimas de participación, y el derecho a tener una voz significativa en los procedimientos. Luego, en las otras dos secciones del capítulo, pasaré a responder al otro argumento, es decir, a considerar la naturaleza consuetudinaria del derecho. En la segunda sección (II), presentaré un relevamiento general de la práctica de la comunidad internacional con respecto a cada uno de los elementos del derecho identificados en la sección anterior. Estudiaré las reglas de procedimiento aplicables en ochenta y siete foros distintos de creación de derecho, incluyendo conferencias de creación de tratados y conferencias que no culminaron en tratados, conferencias de las partes de ciertos tratados,

---

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, SZAZI, 2012, pp. 143–169.

<sup>5</sup> Janne Elisabeth Nijman, por ejemplo, como vimos en el capítulo 1, habla de un “derecho natural a tal participación”. Según ella, donde “las voces de ciertas minorías, o de todo un pueblo, o de la totalidad de la población femenina, son silenciadas y suprimidas, la comunidad internacional tiene un deber de invitar y acomodar a estos grupos en el escenario y de ser una audiencia para sus representantes, como las ONGs, o de hacer oír sus voces por otros canales” (NIJMAN, 2004, p. 469)

<sup>6</sup> BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 57. Véase también CHARNOVITZ, 2006b, pp. 368–372; KISSLING, 2008, p. 36; MALANCZUK, 1997, pp. 97, 100; NGUYEN QUOC ET AL., 2002, p. 653; PRONTO, 2008, p. 605; REBASTI, 2008, p. 81; TULLY, 2007, p. 329; WOODWARD, 2010, p. 40.

<sup>7</sup> Véase, especialmente, PRONTO, 2008, p. 605.

creación de derecho internacional institucional, y creación de derecho internacional informal. Finalmente, en una tercera sección, (III) estudiaré esta práctica general en relación a los estándares generalmente aceptados para la identificación de costumbre internacional. Argumentaré que es posible realizar dos tipos de lecturas respecto de estos precedentes: (1) una que entiende que el derecho consuetudinario abarca específicamente los derechos de acceso, garantías y voz descriptos en la primera sección o, alternativamente, (2) una que entiende al derecho como “programático”, forzando a los Estados a expandir progresivamente la participación popular en la creación del derecho internacional.

## **I. EL CONTENIDO PROPUESTO DEL DERECHO: ACCESO, GARANTÍAS Y VOZ**

Algunas y algunos de los académicos que niegan la existencia del derecho a la participación ponen un énfasis especial en el hecho de que su contenido no está definido con precisión. Arnold Pronto, asesor jurídico de la Organización de las Naciones Unidas, por ejemplo, afirma que “no es poco común que los autores usen una narrativa que esencialmente desdibuja los límites entre una participación de las ONGs como ‘grupos de presión’, cabildeando por una causa o fin particular en una negociación internacional, y una inclusión de las ONGs como verdaderas participantes en el proceso de toma de decisiones”<sup>8</sup>. Para él, “el problema es que los Estados entienden a grandes rasgos el rol de las ONGs como la primera, pero mucho de lo que ha sido escrito sobre la sociedad civil sugiere la segunda”<sup>9</sup>.

La situación se complica aún más por el lenguaje desconcertante usado por diferentes documentos internacionales<sup>10</sup>. Por ejemplo, la Resolución 96/31 del ECOSOC habla de un “estatus consultivo” de las ONGs en la Organización y sostiene que “los arreglos para celebrar consultas no deben ser de tal naturaleza que concedan a las organizaciones no gubernamentales los mismos derechos de participación otorgados a los Estados que no son miembros del Consejo y a los organismos especializados vinculados con las Naciones

---

<sup>8</sup> PRONTO, 2008, p. 605.

<sup>9</sup> PRONTO, 2008, p. 605.

<sup>10</sup> No obstante, esto parece estar cambiando, y el lenguaje de la participación parece estar ganando terreno. Como explica Lindblom, “una indicación interesante de un desarrollo hacia una posición más robusta para las ONGs en el marco de las OIs es que el uso del término ‘participación’ parece estar volviéndose más frecuente, a expensas del término ‘consultas’. El primero de estos términos ha sido introducido en el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos, mientras que, por ejemplo, el ECOSOC y la OIT todavía utilizan ‘consultas’” (LINDBLOM, 2006, p. 519).

Unidas”<sup>11</sup>. No obstante, la Resolución también enfatiza la importancia de “una participación equitativa, equilibrada, eficaz y genuina de las organizaciones no gubernamentales de todas las regiones y zonas del mundo”<sup>12</sup> y específicamente regula la “[p]articipación de organizaciones no gubernamentales en las conferencias internacionales convocadas por las Naciones Unidas y en su proceso preparatorio”<sup>13</sup> (aunque sin mencionar que esto no les permite negociar<sup>14</sup>). Lo mismo ocurre con el Informe Final del Grupo de Personas Eminentes convocado en 2004 por el Secretario General para evaluar las relaciones de las Naciones Unidas con la sociedad civil. El Informe Cardoso (como se lo suele llamar, por el coordinador del panel, el ex presidente de Brasil Fernando Henrique Cardoso) sostiene que es importante marcar la diferencia “entre los procesos de deliberación, en los que se acoge a diversos conocimientos especializados, y la negociación oficial de acuerdos, que conserva un carácter intergubernamental”<sup>15</sup>, pero también afirma que la inclusión requiere “políticas y estrategias de desarrollo equitativas y procesos de adopción de decisiones democráticos y basados en la participación”<sup>16</sup>. Por otra parte, las reglas de procedimiento de varias organizaciones internacionales les dan a las organizaciones no gubernamentales estatus de “observador”, pero de todos modos les permiten dirigirse a los participantes, tanto oralmente como por escrito<sup>17</sup>.

Teniendo en cuenta estas divergencias, el primer paso para identificar si existe o no una regla consuetudinaria consiste en definir qué buscar, específicamente, en la práctica<sup>18</sup>.

---

<sup>11</sup> Consejo Económico y Social (ECOSOC), Res. 1996/31 (25 de julio de 1996), U.N. Doc. E/RES/1996/31, parte VII. art. 18. Véase también LINDBLOM, 2006, p. 379.

<sup>12</sup> Consejo Económico y Social (ECOSOC), Res. 1996/31 (25 de julio de 1996), U.N. Doc. E/RES/1996/31, parte VII. art. 5.

<sup>13</sup> *Íbid.*, Parte VII.

<sup>14</sup> *Íbid.*, art. 50.

<sup>15</sup> Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil, *Nosotros los pueblos: la sociedad civil, las Naciones Unidas y la gobernanza global Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil*, U.N. Doc. A/58/817 (11 de junio de 2004), párrafo 24.

<sup>16</sup> *Íbid.*, párrafo 5.

<sup>17</sup> Véase, *infra*, la sección II de este capítulo.

<sup>18</sup> Para una discusión del procedimiento de interpretación de la costumbre internacional, véase la sección I.2.1 del capítulo 3 de esta tesis. Como explica Robert Kolb, hay un componente inductivo en la identificación de la costumbre, pero “no hay inducción posible sin un elemento previo de razonamiento axiomático o deductivo. Es imposible inducir cualquier cosa si el marco en el cual la inducción habrá de



Para ese propósito, el principal punto de referencia en la bibliografía es el trabajo de Anne Peters, en el que analiza las particularidades del estatus jurídico de las organizaciones no gubernamentales en el contexto de su proyecto sobre “constitucionalismo global”<sup>19</sup>. Como parte de ese emprendimiento, su investigación combina elementos de descripción con argumentos abiertamente normativos, no jurídicos. Pese a que puede sonar preocupante para quien se aproxime al derecho internacional desde una mirada clásica, que priorice el análisis inductivo en la identificación de reglas de costumbre, este es en realidad -como vimos en los capítulos 2 y 3- un buen punto de partida para el análisis. Como sostuve en la primera sección de la tesis, el proceso de identificación de reglas consuetudinarias requiere una cierta dialéctica entre reflexiones normativas, por un lado, y prácticas reales de la comunidad internacional, por otro: dado que la regla no es autoevidente (de otro modo, no haría falta un proceso de identificación), uno debe comenzar con una idea tentativa, y luego corregirla por referencia a las situaciones reales<sup>20</sup>.

De acuerdo con Peters, la comunidad internacional está atravesando un proceso en el cual está “emergiendo” un “principio de apertura [*openness*]”<sup>21</sup> en lo que refiere a los procedimientos de toma de decisiones globales. A partir de este principio, “las instituciones interestatales están obligadas a proveer un procedimiento o mecanismo apropiado que aplique criterios sustantivos razonables para la admisión de ONGs, cuya aplicación puede llevar al involucramiento de (algunas) ONGs” en el proceso de creación

---

tener lugar no está definido. Por ejemplo, ¿cuáles son los actos de práctica relevantes que se prestan para la inducción?” (KOLB, 2003, p. 130).

<sup>19</sup> Peters sostiene que analizar el estatus jurídico de estas organizaciones no requiere sumergirse en preguntas contraproducentes acerca de la personalidad jurídica internacional: “la aproximación constitucionalista permite el reencuadre del debate doctrinario sobre la personalidad jurídica de las ONGs. La pregunta no debería ser si las ONGs son sujetos (parciales) del derecho internacional o no, sino qué derechos y obligaciones específicos poseen y deberían poseer en un orden mundial constitucionalizado. Estos derechos y obligaciones deberían adaptarse a sus funciones” (PETERS, 2009b, p. 219).

<sup>20</sup> Kolb sostiene que “los precedentes primero deben ser ‘preparados’, como un paciente en un hospital antes de ser operado. Frecuentemente, el uso de un precedente depende de la posibilidad de abstraer a partir de él algún principio duro a través de un proceso de reducción teleológica. Este trabajo del intérprete es altamente creativo e introduce en la costumbre una inclinación axiológica y subjetiva, que no difícilmente concuerda con la mirada usual de que la costumbre es simplemente la reproducción fiel de la práctica estatal. No lo es. (...) [E]l proceso de establecimiento de la costumbre es, en realidad, ni inductivo ni deductivo, sino ambas a la vez, es decir, es un proceso de analogía, de hermenéutica jurídica” (KOLB, 2003, p. 130). Para una discusión más extensa sobre este punto, véase el capítulo 2 y el capítulo 3 de esta tesis.

<sup>21</sup> PETERS, 2009b, p. 222.

de derecho<sup>22</sup>. Más específicamente, creo que este principio puede ser dividido en tres prerrogativas concretas.

En primer lugar, estaría lo que podríamos llamar un derecho general de *acceso*. Este derecho -como vimos en el capítulo anterior- no implicaría una admisión sin restricciones a los foros de creación de derecho, pero sí involucra “un derecho a aplicar para ser acreditado y a que esta acreditación sea debidamente considerada”<sup>23</sup>. Como resultado de este derecho, aquellas y aquellos a cargo de organizar el proceso de creación de derecho deberían “al menos considerar la posibilidad de acceso de las ONGs, y deberían proveer algún tipo de procedimiento de admisión, o justificar por qué no ponen en práctica tal procedimiento”<sup>24</sup>. Esto debe hacerse teniendo en cuenta que hay una expectativa general, reconocida por el derecho mismo, de que se expandan las oportunidades de participación de la sociedad civil. Para ponerlo claramente: lo que haría esta primera prerrogativa -en caso de ser considerada una regla válida- sería establecer una presunción de admisión en favor de las organizaciones de la sociedad civil. Como resultado de ello, si los Estados y las instituciones internacionales decidieran excluirlas del proceso, tendrían una obligación de explicar las razones apremiantes, inescapables, que los llevaron a tomar esa decisión.

En segundo lugar, hay ciertas *garantías* mínimas que serían indispensables para que la participación fuera exitosa. Peters no estudia estas características en mucho detalle, pero están presupuestas en todo su argumento: si los miembros de la organización no reciben credenciales para acceder a los edificios, o si se les niegan espacios para llevar a cabo sus reuniones preparativas, no se puede esperar de ellos ninguna participación significativa<sup>25</sup>. Más aún, la participación depende en gran medida de que se garanticen

---

<sup>22</sup> PETERS, 2009b, p. 222.

<sup>23</sup> PETERS, 2009b, p. 222.

<sup>24</sup> PETERS, 2009b, p. 222.

<sup>25</sup> Patricia Nanz y Jens Steffek sostienen que la participación “solo puede funcionar bajo ciertas precondiciones. Primero, las organizaciones internacionales deben proveer adecuado acceso a documentos y a reuniones a los miembros de la sociedad civil. También deben incorporar todas las preocupaciones relevantes de la sociedad civil en su propia agenda. Segundo, para poder contribuir a la democratización de la gobernanza global, las propias organizaciones de la sociedad civil deben permanecer abiertas a recibir *inputs* de la ciudadanía y a adoptar en su agenda nuevos asuntos, incluyendo especialmente aquellos de grupos marginalizados” (NANZ & STEFFEK, 2004, p. 323).

otros derechos relacionados, tales como la libertad de asamblea (incluyendo el derecho de protesta) y la libertad de expresión<sup>26</sup>.

Finalmente, se espera que aquellas organizaciones que sean acreditadas tengan *una voz significativa* en los procedimientos. Esto involucraría la posibilidad de presentar sus argumentos, tanto oralmente como por escrito, en tantas ocasiones como sea posible<sup>27</sup>. Pero, además -y muy crucialmente- implicaría una obligación de los demás participantes de “tener en cuenta apropiadamente los aportes de las ONGs”<sup>28</sup>. Esta idea puede ser entendida no necesariamente como un resultado de prácticas consuetudinarias, sino más bien como un corolario del principio general de buena fe: si se les permitiera acceder, se les otorgaran garantías apropiadas, y se les diera una voz en la participación, sería luego despreciativo -casi insultante, definitivamente de mala fe- que sus opiniones fueran descartadas sin mayor trámite<sup>29</sup>. De acuerdo con Peters, entonces, las organizaciones tendrían, mínimamente, “un derecho a que haya un reconocimiento sucinto de que los argumentos fueron recibidos y una respuesta que muestre que el contenido de sus presentaciones fue considerado”<sup>30</sup>.

La combinación de estas tres prerrogativas daría como resultado un derecho bastante robusto de participación, uno que puede tener un rol importante en el proceso de democratizar la gobernanza global<sup>31</sup>. Aunque no habrá una verdadera “democracia global” hasta que no se garantice una representación apropiada de las y los ciudadanos (asegurando la democracia a nivel nacional y mejorando los mecanismos de representación internacionales), tampoco habrá tal democracia, como argumentaré en el capítulo 8 de esta tesis, sin la creación de esferas públicas globales en las que las y los

---

<sup>26</sup> Véase Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los Derechos de Reunión y Asociación, Maina Kiai* (1 de septiembre de 2014), U.N. Doc. A/69/365.

<sup>27</sup> Peters explica que “el derecho de las ONGs a la participación también estaría sujeto a restricciones, por ejemplo, por razones de seguridad o privacidad. También podría ser limitado por la secretaría de una conferencia o comité por límites prácticos de tiempo y espacio, pero solo de forma no-discriminatoria” (PETERS, 2009b, pp. 226–227). Más aún, como en la primera prerrogativa, “la negativa por parte de una institución de admitir a una ONG acreditada a una reunión o de permitirle realizar presentaciones orales y escritas por tal ONG tendría que ser específica y concretamente justificada por ese órgano internacional. Las instituciones deben dar razones por sus decisiones que afectan la participación de las ONGs, especialmente en caso de decisiones negativas” (PETERS, 2009b, p. 227).

<sup>28</sup> PETERS, 2009b, p. 227.

<sup>29</sup> PETERS, 2009b, p. 228.

<sup>30</sup> PETERS, 2009b, p. 227.

<sup>31</sup> Véase la discusión de los capítulos 1, 7, 8 y 10.

ciudadanos puedan deliberar colectivamente previo a la toma de decisiones públicas<sup>32</sup>. Para este propósito, las tres prerrogativas son cruciales, dado que de algún modo generan “un procedimiento que fuerza a quienes toman las decisiones a responderles a aquellos afectados, y a justificar públicamente sus acciones”<sup>33</sup>.

Peters está de acuerdo con esta agenda de “democracia dual”<sup>34</sup> y con esta caracterización de la importancia del derecho, pero es más cautelosa en relación a su existencia actual. En efecto, Peters comparte con la mayor parte de la bibliografía la idea de que pese a que algunas de las prerrogativas específicas pueden llegar a considerarse establecidas en el marco de algunos foros específicos, el derecho general “todavía no se ha cristalizado jurídicamente”<sup>35</sup>. Para ella, como para Anna-Karin Lindblom y para el Comité de Actores No Estatales de la International Law Association, todo lo que existe por el momento es “una *expectativa* de que los actores no estatales sean incluidos en estos procesos deliberativos”<sup>36</sup>. En la próxima sección, estudiaré las reglas de procedimiento de ochenta y siete foros distintos de creación de derecho internacional a los fines de testear si es cierto que lo único que existe hasta el momento es “una expectativa”, o si puede decirse que esta expectativa se está consolidando como “un derecho”.

## **II. EL ESTUDIO: ACCESO, GARANTÍAS Y VOZ PARA LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA PRÁCTICA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL**

Ahora que hemos explorado un contenido tentativo del derecho, podemos seguir adelante y considerar si la comunidad internacional lo ha reconocido, efectivamente, de este modo. Por lo tanto, en lo que sigue, estudiaré la práctica de la comunidad internacional en busca de elementos relacionados con estos tres aspectos del derecho propuesto. En total, voy a analizar ochenta y siete foros institucionales distintos en los

---

<sup>32</sup> Véase HABERMAS, 2001, pp. 110–111, y más generalmente, la discusión del capítulo 8 de la tesis.

<sup>33</sup> NANZ & STEFFEK, 2004, p. 330.

<sup>34</sup> Véase PETERS, 2009a y -especialmente- la discusión del capítulo 8 de esta tesis.

<sup>35</sup> PETERS, 2009b, p. 222.

<sup>36</sup> ILA, 2012. Véase también LINDBLOM, 2006, p. 526; PETERS, 2009b, pp. 221–227; PETERS ET AL., 2009, p. 545. Es notable que en el capítulo de Lindblom sobre la relación entre ONGs y OIs lleva por título “cooperación con organizaciones intergubernamentales” (LINDBLOM, 2006, p. 366). Ella también responde “la pregunta acerca de si hay algún elemento de este estatus que sea común a todas las categorías de ONGs alrededor del mundo” diciendo que “en lo que refiere a derechos, esto es incierto” (LINDBLOM, 2006, p. 520). No obstante, en la misma página, afirma que “la influencia que las ONGs parecen tener en algunos foros internacionales demuestra que las reglas que permiten su presencia y sus presentaciones no son solo una fachada, sino la evidencia de una aceptación de la participación de ONGs en el discurso jurídico internacional” (LINDBLOM, 2006, p. 520).

que se crean reglas internacionales. Aunque esta es solo una muestra de los incontables procesos de creación de reglas que tienen lugar simultáneamente en nuestro mundo actual, globalizado, creo que es una suficientemente representativa del total, por tres motivos. Primero, el estudio contiene ejemplos de cinco tipos de foro institucional distintos (creación de tratados multilaterales, creación de derecho internacional institucional, creación de derecho en cumbres internacionales no orientadas a la negociación de un tratado, creación de derecho por conferencias de las partes de un tratado, y creación informal de derecho internacional), cubriendo procesos de creación de derecho de varias naturalezas, e incluyendo un rango importante de resultados jurídicos (desde tratados hasta *soft law*). Segundo, el estudio pretende cubrir todas las áreas de regulación (o “régimenes autocontenidos”<sup>37</sup> y seleccionar, en cada área, los foros más importantes de creación de derecho<sup>38</sup>. Y, finalmente, pese a que los casos no cubren todos y cada uno de los foros de creación de derecho internacional, creo que son lo suficientemente representativos como para caracterizar la práctica como “extensa”<sup>39</sup> o “generalizada”<sup>40</sup>, como requieren los estándares reconocidos por la Corte Internacional de Justicia para la identificación de normas de costumbre internacional, que consideraré en la próxima sección del capítulo.

Habiendo dicho eso, es necesario realizar tres aclaraciones metodológicas. Primero, pese a que algún análisis cualitativo es inevitable, mi estudio pretende ser cuantitativo: quiero considerar toda la práctica, a gran escala, y esto impide un análisis pormenorizado de las dinámicas adoptadas por diferentes instituciones. En otras palabras, voy a mirar solamente las reglas formales de procedimiento adoptadas por cada organización, conferencia o agencia, y no el desarrollo real de su trabajo. Esto implica, por supuesto, que puede perderse una parte de la información relevante para el propósito de entender

---

<sup>37</sup> Véase Comisión de Derecho Internacional, Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional, Informe del Grupo de Estudio de la CDI, finalizado por Martti Koskenniemi, U.N. Doc. A/CN.4/L.682 (13 de abril de 2006), párrafos 123-137.

<sup>38</sup> En este estudio, seguiré en cierta medida el ejemplo del proyecto empírico de Nanz y Steffek sobre participación de organizaciones de la sociedad civil. Como ellos hacen en su artículo, reconozco que “cualquier decisión acerca de la importancia relativa de una organización en particular es arbitraria, pero creo que la elección llevada a cabo es razonable” (STEFFEK & NANZ, 2008, p. 18).

<sup>39</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero), párrafo 74.

<sup>40</sup> Corte Internacional de Justicia, *Cuestiones Relativas a la Delimitación Marítima y Territorial* (Catar c. Baréin), 1995 I.C.J. 6 (15 de febrero), párrafo 205.

cómo es que la sociedad civil realmente opera en este proceso. No obstante, en este estudio he decidido priorizar la extensión sobre la profundidad, tratando de obtener una comprensión general de cómo funciona la práctica en diferentes áreas de creación de derecho internacional.

La segunda aclaración es que, por las razones mencionadas en la primera aclaración, dos aspectos específicos del contenido del derecho que reconstruí en la sección anterior han sido dejados a un lado en el estudio cuantitativo: ni la disponibilidad de derechos relacionados (tales como el de asociación, o el de libertad de expresión), ni las obligaciones de los participantes de tener en cuenta apropiadamente las contribuciones de las organizaciones de la sociedad civil (es decir, de reconocer sus argumentos y responderlos) pueden ser estudiados en los términos cuantitativos propuestos aquí. Las reglas de procedimiento no hacen mención a estas cuestiones, y saber si son efectivamente respetados requeriría un análisis detallado de la práctica real, lo que es imposible para un estudio de estas dimensiones.

Por último, la tercera aclaración es que he mirado solamente procesos de creación de derecho universales (y no bilaterales o regionales, por ejemplo), y que he dejado afuera procesos de creación judicial de derecho internacional (por eso, por ejemplo, no consideré a los tribunales como organizaciones internacionales, *per se*)<sup>41</sup>. Aunque ambos procesos podrían ser relevantes para el desarrollo del derecho en este campo, su análisis requeriría un estudio completamente distinto, con características muy diferentes al que he decidido encarar aquí.

La tabla siguiente resume los resultados de este estudio, que están disponibles, completos, como el Anexo 1 de la tesis. En lo que sigue, realizaré algunos comentarios sobre los hallazgos en relación a cada prerrogativa en particular:

	1. Acceso		2. Garantías				3. Voz	
	Acceso	Justificación	Acceso a las instalaciones	Acceso a las reuniones	Acceso a los documentos	Financiamiento	Oral	Escrita
<b>Sí</b>	78	71	78	87	77	12	73	69
<b>No</b>	9	16	9	0	10	75	14	18
<b>%</b>	<b>89,66%</b>	<b>81,61%</b>	<b>89,66%</b>	<b>100,00%</b>	<b>88,51%</b>	<b>13,79%</b>	<b>83,91%</b>	<b>79,31%</b>

<sup>41</sup> Sobre creación de derecho por tribunales internacionales, véase BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 263–311.

## 1. UN DERECHO GENERAL DE ACCESO

### 1.1. Disponibilidad de oportunidades de acceso

Casi el 90% de las reglas de procedimiento analizadas en este estudio cuentan con cláusulas que permiten que grupos de la sociedad civil tengan algún tipo de acceso al procedimiento de creación de derecho internacional<sup>42</sup>. En la enorme mayoría de los foros estudiados, esto ocurre con la concesión del estatus de “observador” a distintas organizaciones no gubernamentales, un estatus en general compartido con organizaciones internacionales. En algunas otras ocasiones, las ONGs son caracterizadas como “participantes”<sup>43</sup>, o se les otorga “estatus consultivo”<sup>44</sup> dentro de las organizaciones internacionales en el seno de las cuales se crean las normas. En los últimos tiempos, particularmente en las discusiones relacionadas con temas de desarrollo, los gobiernos y las instituciones han ampliado la formulación para incluir no solo ONGs, sino también otras “organizaciones de la sociedad civil”<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Esta sección estudia lo que Gaëlle Breton-Le Goff llama “acceso directo” a los foros de creación de derecho internacional, distinto del “acceso indirecto” a estos foros. Según ella, el acceso directo es aquel “que atraviesa un proceso formal de acreditación, codificado y legalmente definido”, mientras que el acceso indirecto ocurriría a través de intermediarios que tienen el derecho de acceder, o que lo hacen *de facto*. El acceso directo después podría ser dividido en “acreditación” o “invitación”: este será el foco de la próxima sección. Véase BRETON-LE GOFF, 2003, p. 58.

<sup>43</sup> Véase, por ejemplo, Documentos Oficiales de la Asamblea de Estados Parte al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento de la Asamblea de Estados Partes, Parte II, U.N. Doc. ICC-ASP/1/3 (10 de septiembre de 2002), regla 93.

<sup>44</sup> El caso más notable es el del ECOSOC, pero esto es cierto también, por ejemplo, de la Organización Meteorológica Mundial y de la Organización Marítima Internacional. Véase Consejo Económico y Social (ECOSOC), Res. 1996/31 (25 de julio de 1996), U.N. Doc. E/RES/1996/31; Organización Meteorológica Mundial, Acuerdos y acuerdos provisorios con otras organizaciones internacionales, Documentos Básicos No. 3 (Supl. No. 2 (II.2009)), VI. Estatus consultivo para organizaciones internacionales no gubernamentales, regla 1; Reglas y principios para el estatus consultivo de organizaciones internacionales no gubernamentales ante la Organización Marítima Internacional, adoptadas por la Asamblea, resolución A.31(II) del 13 de abril de 1961, enmendadas sucesivamente y finalmente aprobadas por la Asamblea en su sesión número veintiocho, del 4 de diciembre de 2013.

<sup>45</sup> Institucionalmente, esta redacción ha sido adoptada, por ejemplo, por el Fondo Monetario Internacional, el Grupo Banco Mundial, y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Véase *PNUD y las organizaciones de la sociedad Civil: una política de vinculación* (2001), disponible en [http://www.undp.org/content/dam/undp/documents/partners/civil\\_society/publications/2001\\_UNDP-and-Civil-Society-Organizations-A-Policy-of-Engagement\\_EN.pdf](http://www.undp.org/content/dam/undp/documents/partners/civil_society/publications/2001_UNDP-and-Civil-Society-Organizations-A-Policy-of-Engagement_EN.pdf); Directrices de 2015 sobre la vinculación entre el personal del FMI y las organizaciones de la sociedad civil, disponible en [https://www.imf.org/external/np/exr/consult/2015/civilsociety/pdf/CSOs\\_Guidelines.pdf](https://www.imf.org/external/np/exr/consult/2015/civilsociety/pdf/CSOs_Guidelines.pdf), Directriz 24. En relación a las reuniones *ad hoc*, la sociedad civil ha sido invitada a la mayor parte de las cumbres de la última década. Véase, por ejemplo, Asamblea General de las Naciones Unidas, *Cumbre Mundial de 2005*, Res. A.G. 59/291 (25 de abril de 2005), U.N. Doc. A/RES/59/291, Anexos I y II; Asamblea General de las Naciones Unidas, *Cumbre de las Naciones Unidas sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, Res. A.G. 64/184 (5 de febrero de 2010), U.N. Doc. A/RES/64/184, párrafo 12; Conferencia Internacional sobre Financiación del Desarrollo, Reglas de procedimiento provisorias para la tercera Conferencia Internacional sobre Financiación del Desarrollo (12 de mayo de 2015), U.N. Doc. A/CONF.227/2, regla 60.

En algunos pocos casos, las organizaciones reciben acceso en otra capacidad, más destacada. El ejemplo obvio es el de la Organización Internacional del Trabajo, con su estructura tripartita, que incluye a sindicatos y empleadores. Otro ejemplo es el de ONUSIDA, en el que las organizaciones no gubernamentales se han convertido en miembros de un Consejo de Coordinación<sup>46</sup>. Los otros casos que vale la pena mencionar son aquellos de la creación informal de derecho internacional, en los que las organizaciones de la sociedad civil a veces (aunque definitivamente no siempre<sup>47</sup>) han ganado un rol que incluye un voto en la toma de decisiones<sup>48</sup>.

Los pocos casos dentro del estudio en los que las organizaciones de la sociedad civil no tienen ni siquiera permitido acreditarse están mayormente compuestos por conferencias de creación de tratados que tuvieron lugar entre 1958 y 1991<sup>49</sup>. Esto es interesante, primero, porque si los resultados se restringen a las reglas de procedimiento posteriores a 1992, el porcentaje de foros que permiten cierto acceso se incrementa aún más. Segundo, es notable porque prueba que hubo, en efecto, un cambio en relación a la

---

<sup>46</sup> Véase Términos de Referencia de la Delegación CCP ONG de ONUSIDA, producida como resultado de la decisión 9.1 tomada en la 20ma reunión (junio de 2007) del Comité de Coordinación del Programa como resultado de la Revisión del año 2006 sobre la participación de las ONGs y la sociedad civil en el Comité de Coordinación del Programa.

<sup>47</sup> El ejemplo más claro de que la creación informal de derecho internacional no necesariamente es más abierta que su contraparte formal es el de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO), que es una de las pocas entidades en negar cualquier tipo de participación a actores de la sociedad civil en su proceso de toma de decisiones. Véanse los Estatutos de IOSCO, disponibles en [https://www.iosco.org/library/by\\_laws/pdf/IOSCO-By-Laws-Section-1-English.pdf](https://www.iosco.org/library/by_laws/pdf/IOSCO-By-Laws-Section-1-English.pdf).

<sup>48</sup> El ejemplo más claro es el de ICANN: véanse los Estatutos de ICANN, disponibles en <https://www.icann.org/resources/pages/governance/bylaws-en>.

<sup>49</sup> Véase Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, Registros Oficiales, Volumen II: Reuniones Plenarias, Reglas de Procedimiento (24 de febrero-27 de abril de 1958), U.N. Doc. A/CONF.13/38, pp. xxxi-xxxvi; Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados, Registros Oficiales, Reglas de Procedimiento (26 de marzo-24 de mayo de 1968), U.N. Doc. A/CONF.39/11, pp. xxvi-xx; Conferencia de Naciones Unidas sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con Organizaciones Internacionales, Registros Oficiales, Volumen I, Reglas de Procedimiento (4 de febrero-14 de marzo de 1975), U.N. Doc. A/CONF.67/18, pp. xix-xxiv; Conferencia de Naciones Unidas sobre Sucesión de Estados en relación a Tratados, Reglas de Procedimiento (4 de abril-6 de mayo de 1977), U.N. Doc. A/CONF.80/8; Conferencia de Naciones Unidas sobre el Establecimiento de la Organización de Desarrollo Industrial de las Naciones Unidas (UNIDO) como una Agencia Especializada, Reglas de Procedimiento (24 de febrero de 1978), U.N. Doc. A/CONF.90/8; Conferencia de Naciones Unidas sobre Sucesión de Estados respecto de Propiedad Estatal, Archivos y Deudas, Reglas de Procedimiento (1 de marzo-8 de abril de 1983), U.N. Doc. A/CONF.117/8; Conferencia de Naciones Unidas de Plenipotenciarios respecto de la Protección de la Capa de Ozono, Reglas de procedimiento provisionarias (11 de enero de 1985), U.N. Doc. UNEP/IG.53/2; Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Organizaciones Internacionales, Reglas de procedimiento (18 de febrero-21 de marzo de 1986), U.N. Doc. A/CONF.129/7; Conferencia de Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de Operadores de Terminales de Tránsito en el Comercio Internacional, Registros Oficiales (2 de abril-19 de abril de 1991), U.N. Doc. A/CONF. 152/14, pp. 4-12.



participación de estos grupos, que no eran reconocidos en el pasado, y cuya presencia parece ahora ser considerada indispensable. Y tercero, la fecha del cambio también es significativa: aunque hay ejemplos de participación en los setenta y los ochenta<sup>50</sup>, luego de la masiva Cumbre de la Tierra de Río de 1992, que de algún modo cristalizó la tendencia creciente de participación, no hubo ni una conferencia de creación de tratados que fuera convenida sin algún involucramiento formal de la sociedad civil.

Más allá de estas conferencias, un caso muy relevante de imposibilidad de acceso es el del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>51</sup>. Las reglas de procedimiento del Consejo, que datan de 1983, no incluyen ninguna referencia a las organizaciones de la sociedad civil o a las organizaciones no gubernamentales<sup>52</sup>, lo que parece llevar a la conclusión de que no se permite acceso alguno. No obstante, esto no es completamente cierto, por dos razones. En primer lugar, el artículo 39 de sus reglas de procedimiento le permite al Consejo “invitar (...) a otras personas, que considere competentes para el propósito, a proveerle información o darle alguna otra asistencia en examinar asuntos de su competencia”<sup>53</sup>, estableciendo una suerte de autorización formal para la participación de individuos u otros grupos en el trabajo del Consejo. Y segundo, la práctica real del Consejo ha sido la de permitir alguna limitada participación de organizaciones no gubernamentales en lo que se ha denominado “reuniones de la fórmula Arria” (por el diplomático venezolano que sugirió su creación). Aunque estas reuniones siguen siendo informales por naturaleza, fueron de algún modo codificadas por una nota de 2006 del presidente del Consejo, delineando las “prácticas recientes y últimas medidas

---

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, Reglas de procedimiento provisionarias (13 de septiembre de 1978), U.N. Doc. A/CONF.89/3/Rev.1, regla 58; Conferencia Preparatoria de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Prohibiciones o Restricciones al Uso de Ciertas Armas Convencionales que puedan ser Consideradas Excesivamente Dañinas o tener Efectos Indiscriminados, Reglas de procedimiento provisionarias (1 de agosto de 1978), U.N. Doc. A/CONF.95/REP.CONF./2, regla 60; Conferencia de Naciones Unidas sobre las Condiciones de Registro de Buques, Reglas de procedimiento (18 de julio de 1984), U.N.Doc. TD/RS/CONF/8, regla 66; Conferencia de Naciones Unidas para la Adopción de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas y Sustancias Psicotrópicas, Registros oficiales, Volumen I, Reglas de procedimiento (25 de noviembre-20 de diciembre de 1988), U.N. Doc. E/CONF.82/16, pp. 45-53, regla 68.

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo, LINDBLOM, 2006, pp. 373–374; WILLETTS, 2011, pp. 60–61; WOODWARD, 2010, pp. 254–261.

<sup>52</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Reglamento provisional del Consejo de Seguridad (1983), U.N. Doc. S/96/Rev.7.

<sup>53</sup> *Ibid.*, regla 39.

acordadas”<sup>54</sup>. Se afirma allí que “los miembros del Consejo de Seguridad pueden invitar informalmente a cualquier Estado miembro, organización relevante o individuo a participar en reuniones informales de la ‘fórmula Arria’” y que “acuerdan considerar la utilización de dichas reuniones para mejorar su contacto con organizaciones de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales, incluyendo organizaciones no gubernamentales (ONGs) locales sugeridas por las oficinas de las Naciones Unidas en el terreno”<sup>55</sup>. Más aún, pese a que en un principio estas reuniones se llevaban a cabo fuera de la Sala del Consejo de Seguridad para mantener la informalidad (la primera reunión fue convocada por Diego Arria en la sala de los delegados<sup>56</sup>), las ONGs ahora hablan abiertamente en reuniones formales en las que se adoptan resoluciones<sup>57</sup>.

## **1.2. Existencia de un procedimiento formal de acreditación para las organizaciones de la sociedad civil**

De las 78 reglas de procedimiento que permiten algún tipo de acceso para organizaciones de la sociedad civil, 71 también proveen algún sistema formal de acreditación a través del cual las asociaciones pueden aplicar para participar en las discusiones, y eventualmente recibir una justificación en caso de que su admisión sea denegada<sup>58</sup>.

El ejemplo más prominente de esta práctica es el procedimiento establecido en la Resolución del ECOSOC 1996/31, que regula el principio de involucramiento establecido en el artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>59</sup>. Esta resolución establece una serie de requisitos sustantivos para las ONGs que desean adquirir un estatus consultivo con el Consejo (artículos 1-14), y luego crea un procedimiento específico para este propósito

---

<sup>54</sup> Nota del presidente del Consejo de Seguridad (19 de julio de 2006), U.N. Doc. S/2006/507, párrafo 2.

<sup>55</sup> *Ibid.*, párrafo 54.

<sup>56</sup> WILLETTS, 2011, p. 60.

<sup>57</sup> Un ejemplo reciente fue la reunión que tuvo lugar el 3 de mayo de 2016, en la que se adoptó la resolución 2286. Ese día, el Comité Internacional de la Cruz Roja y Médicos Sin Fronteras fueron invitados a presentar sus posiciones de acuerdo con la regla 39. Es interesante notar que el discurso de Joanne Liu, presidente de Médicos Sin Frontera, fue ampliamente circulado en los medios y en las redes sociales, logrando así el objetivo de publicar las discusiones del consejo. Véase el Registro de la reunión 7685 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (3 de mayo de 2016), U.N. Doc. S/PV.7685.

<sup>58</sup> Gaëlle Breton-Le Goff distingue entre el acceso otorgado por “acreditación” e “invitación”. Los resultados del estudio muestran que la “acreditación” es actualmente la práctica masivamente aceptada para el acceso de organizaciones de la sociedad civil a foros de creación de derecho. Véase BRETON-LE GOFF, 2003, p. 58.

<sup>59</sup> Véase, generalmente, HOBE, 2012.

(artículos 15-20, 41-48, y 60-63). Las ONGs deben aplicar, a través del Secretario General, al Comité de Organizaciones No Gubernamentales, que es el órgano a cargo de evaluar sus propuestas. En los procedimientos del Comité, las ONGs tienen “la oportunidad de responder a las objeciones que se presenten” en relación a su aplicación<sup>60</sup>. El Comité luego realiza una recomendación al plenario del Consejo (que toma la decisión final sobre la admisión), basado en los criterios específicos establecidos en la resolución<sup>61</sup>. Aunque la práctica real del Comité haya estado sujeta a muchas críticas<sup>62</sup>, la existencia misma de este procedimiento y la voluntad afirmada por los Estados miembros de Naciones Unidas de asegurar un procedimiento justo para el involucramiento de las ONGs con el ECOSOC pueden ser considerados lo suficientemente significativos para los propósitos de este estudio.

Otras organizaciones y agencias internacionales cuentan con variados procedimientos para la admisión de organizaciones de la sociedad civil. Algunas replican el mecanismo del ECOSOC, con un Comité de Organizaciones No Gubernamentales<sup>63</sup>. En algunas, la decisión es tomada directamente por la secretaría, o por los directores<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Consejo Económico y Social (ECOSOC), Res. 1996/31 (25 de julio de 1996), U.N. Doc. E/RES/1996/31, artículo 15.

<sup>61</sup> Más allá de los requisitos específicos de los artículos 1-14, el principio en relación a este punto está establecido en el artículo 20: “Las decisiones referentes a los arreglos para celebrar consultas deben estar inspiradas en el principio de que tales arreglos tienen por objeto, por una parte, permitir al Consejo, o a uno de sus órganos, obtener información o asesoramiento autorizado de organizaciones dotadas de especial competencia en los asuntos con respecto a los cuales se hacen los arreglos para celebrar consultas y, por otra parte, permitir a las organizaciones internacionales, regionales, subregionales y nacionales que representan a importantes sectores de la opinión pública expresar las opiniones de sus miembros”. Véase Consejo Económico y Social (ECOSOC), Res. 1996/31 (25 de julio de 1996), U.N. Doc. E/RES/1996/31, artículo 20.

<sup>62</sup> Véase, principalmente, ASTON, 2001, p. 950; PETERS, 2009b, p. 223. Véase también Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil, *Nosotros los pueblos: la sociedad civil, las Naciones Unidas y la gobernanza global Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil*, U.N. Doc. A/58/817 (11 de junio de 2004), párrafo 121.

<sup>63</sup> Véase, por ejemplo, OACI, Reglas vigentes de procedimiento de la Asamblea de la Organización de Aviación Civil Internacional (2008), Doc. 7600/6, reglas 9-13.

<sup>64</sup> Véase, por ejemplo, Comisión del Codex Alimentario, Manual de procedimientos, Doceava edición (2001), Principios respecto de la participación de organizaciones internacionales no gubernamentales en el trabajo de la Comisión del Codex Alimentario, pp. 54-59, principio 4.2; Reglas de procedimiento de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Nota de la secretaría, Estatus de los observadores (17 de octubre de 2007), U.N. Doc. A/CN.9/638/Add.5, párrafo 27; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Reglas de Procedimiento del órgano de Comercio y Desarrollo (1989), U.N. Doc. TD/B/16/Rev.4, regla 77; Directrices respecto de la colaboración de la UNESCO con organizaciones no gubernamentales, adoptadas por la Conferencia General en su sesión número 36 (36 C/Resolución 108), directiva IV.1.

En otras, la decisión es tomada por el órgano plenario de la organización, frecuentemente luego de una propuesta de un órgano técnico o un consejo ejecutivo<sup>65</sup>. En algunas otras, la decisión es tomada por el propio consejo ejecutivo<sup>66</sup>. En todas, no obstante, la decisión no es discrecional del órgano que la está tomando, sino que está limitada por una serie de pautas, principios o reglas que deben ser seguidos. Por lo tanto, a menos que el cuerpo a cargo de la admisión pueda justificar que una cierta organización no cumple los criterios, está jurídicamente obligado a permitirle acceso al procedimiento de creación de derecho.

En los casos de las conferencias convocadas *ad hoc*, estos procesos son frecuentemente establecidos en las resoluciones que convocan a la cumbre, y suelen deferir a otros procedimientos institucionalizados, como los de organizaciones internacionales (y frecuentemente, al de la Resolución 1996/31 del ECOSOC)<sup>67</sup>. En algunos casos, se crea un mecanismo específico con el propósito de organizar la

---

<sup>65</sup> Véase, por ejemplo, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), Resolución No. 39/57, Establecimiento de un estatus de enlace para las organizaciones no gubernamentales internacionales, Textos Básicos de la FAO, Vol. II (2013), pp. 166-172, reglas 10-11; Reglas y principios para el estatus consultivo de organizaciones internacionales no gubernamentales ante la Organización Marítima Internacional, adoptadas por la Asamblea, resolución A.31(II) del 13 de abril de 1961, enmendadas sucesivamente y finalmente aprobadas por la Asamblea en su sesión número veintiocho, del 4 de diciembre de 2013, regla 1; Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP), Decisión 27/1: Nuevas reglas de procedimiento del Consejo de Gobierno (2012), U.N. Doc. UNEP/GC.27/17, regla 69.1.

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo, Unión Postal Universal, Decisiones del Congreso de Doha de 2012, Textos finales de las actas firmadas en Doha y de las decisiones distintas de aquellas enmendando las actas, Regulaciones generales de la Unión Postal Universal y Reglas de procedimiento de los Congresos, artículo 120; Organización Mundial de la Salud, Principios gobernando la relación entre la Organización Mundial de la Salud y las organizaciones no gubernamentales, Documentos básicos, edición 48, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2014, pp. 97-102, principio 2.5.

<sup>67</sup> Véase, por ejemplo, Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A.G. 46/213, *Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y la Organización Marítima Internacional sobre un proyecto de convención sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval* (20 de diciembre de 1991), U.N. Doc. A/RES/46/213, párrafo 3.g; Conferencia Diplomática de las Naciones Unidas y la Organización Marítima Internacional sobre el Arresto de Buques – resolución de la Asamblea General 52/182, Nota de la Secretaría (16 de febrero de 1998), U.N. Doc. TD/B/EX(16)/4, párrafo 3; Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A.G. 52/160, *Establecimiento de una Corte Penal Internacional* (15 de diciembre de 1997), U.N. Doc. A/52/651, párrafo 9; Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Nota de la secretaría (13 de abril de 2000), U.N. Doc. A/CONF.189/PC.1/2, párrafo 11.g.

conferencia<sup>68</sup>, o este es adoptado en un Comité Preparatorio con este propósito<sup>69</sup>. En algunas otras ocasiones, la decisión de admisión es tomada por la propia conferencia<sup>70</sup>. Una vez más, no obstante, la decisión no es completamente discrecional, sino que está basada en algunos criterios específicos.

En el caso de las reuniones o conferencias de las partes de ciertos tratados, el procedimiento suele involucrar una solicitud a la secretaría o el órgano ejecutivo, mostrando que los requisitos exigidos por las reglas de procedimiento fueron cumplidos, y luego la aquiescencia de un cierto porcentaje de los Estados miembros a la admisión<sup>71</sup>. En algunos casos, no obstante, las organizaciones que tienen estatus consultivo dentro de ciertas organizaciones internacionales (nuevamente, el estatus consultivo con el ECOSOC es particularmente importante), reciben acceso directo a estas conferencias<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> Por ejemplo, la decisión a veces queda en manos del presidente de la Asamblea General, luego de consultar con los Estados miembros o con las propias organizaciones de la sociedad civil. Véase, por ejemplo, Asamblea General de las Naciones Unidas, *Modalidades del examen general que realizará la Asamblea General de la aplicación de los resultados de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información*, Res. A.G. 68/302 (13 de agosto de 2014), U.N. Doc. A/RES/68/302; Asamblea General de las Naciones Unidas, *Cumbre de las Naciones Unidas sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, Res. A.G. 64/184 (5 de febrero de 2010), U.N. Doc. A/RES/64/184, Anexos IV y II; y Asamblea General de las Naciones Unidas, *Aplicación de las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer*, Res. A.G. 48/108 (28 de febrero de 1994), U.N. Doc. A/RES/48/108, Anexo, párrafo (b).

<sup>69</sup> Véase, Informe de la Comisión de Desarrollo Social actuando como comité preparatorio para la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento en sus primeras sesiones, Decisión 2001/PC/3 y Reglas de Procedimiento (16 de mayo de 2001), U.N. Doc. E/2001/71, párrafos a-b.

<sup>70</sup> Véase, por ejemplo, la regulación de la Conferencia de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas, Reglamento provisional de la Conferencia (7 de marzo de 2012), U.N. Doc. A/CONF.217/L.1, regla 63: “En relación con la asistencia de las organizaciones no gubernamentales a la Conferencia, podrán asistir: a) Las organizaciones no gubernamentales pertinentes reconocidas como entidades de carácter consultivo por el Consejo Económico y Social de conformidad con lo dispuesto en la resolución 1996/31 del Consejo, de 25 de julio de 1996. Esas organizaciones no gubernamentales deberán comunicar al Presidente de la Conferencia su interés en asistir; b) Otras organizaciones no gubernamentales interesadas, con competencia en el ámbito y la finalidad de la Conferencia, siempre que las solicitudes de asistencia se presenten al Presidente de la Conferencia y vayan acompañadas de información sobre los propósitos, los programas y las actividades de la organización en esferas pertinentes al ámbito de la Conferencia. Posteriormente, el Presidente de la Conferencia proporcionará a la Conferencia una lista de esas organizaciones no gubernamentales para que la examine con arreglo al procedimiento de no objeción”.

<sup>71</sup> Véase, por ejemplo, Reglas de procedimiento de las reuniones de la Conferencia de las Partes de la Convención sobre la Diversidad Biológica, adoptada por la Decisión COP I/1, y enmendada por la Decisión V/20 (2000), Regla 7; Proyecto de reglamento de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (1 de marzo de 2006), U.N. Doc. CAC/COSP/2006/3, regla 17.1-2; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Conferencia de las Partes, Proyecto de reglamento de la Conferencia de las Partes y sus órganos subsidiarios (22 de mayo de 1996), U.N. Doc. FCCC/CP/1996/2, regla 7.

<sup>72</sup> Véase, por ejemplo, Documentos Oficiales de la Asamblea de Estados Parte al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento de la Asamblea de Estados Partes, Parte II, U.N. Doc. ICC-ASP/1/3 (10 de septiembre de 2002), regla 93; Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho

Los órganos de creación informal de derecho internacional no suelen tener este tipo de procedimientos<sup>73</sup>, pero hay algunas excepciones. En la Organización Internacional de Estandarización (ISO), por ejemplo, el proceso involucra consultas con el Estado de origen de la organización y una revisión por parte de la Secretaría Central, el Consejo de Administración Técnica y los miembros, en general<sup>74</sup>. En otros órganos, como el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria, la participación se lleva a cabo a través de consultas abiertas, que no requieren acreditación, y que son abiertas al público<sup>75</sup>. Un esquema intermedio es adoptado por la Fundación de Estándares Internacionales de Reportes Financieros (IFRS), que tiene un Consejo Consultivo, designado por sus administradores, proveyendo “un foro para la participación de organizaciones e individuos con un interés en los informes financieros internacionales”<sup>76</sup>.

Más allá de estos órganos informales de determinación de estándares (*standard-setting bodies*), son muy pocos los foros de creación de derecho internacional que no tienen un proceso formal de admisión para organizaciones de la sociedad civil. Entre ellos, no obstante, hay algunos órganos importantes, incluyendo la que es probablemente la agencia más activa de creación de derecho internacional: la Asamblea General de las Naciones Unidas, que solo le ha dado estatus de observador a ciertas organizaciones específicas (como el Comité Internacional de la Cruz Roja<sup>77</sup>) basada en criterios discrecionales<sup>78</sup>. No obstante, como en el caso del Consejo de Seguridad, esta afirmación

---

del Mar, Reunión de los Estados Partes, Reglamento de las Reuniones de los Estados Partes (24 de enero de 2005), U.N. Doc. SPLOS/2/Rev.4.

<sup>73</sup> Véase, por ejemplo, Consejo de Estabilidad Financiera, Directrices Procedimentales, PLEN/2013/02-Rev; Red Internacional de Competencia (ICN), Marco Operacional, adoptado por los miembros del ICN (13 de febrero de 2012), regla 7.2.i; Estatutos de IOSCO, disponibles en [https://www.iosco.org/library/by\\_laws/pdf/IOSCO-By-Laws-Section-1-English.pdf](https://www.iosco.org/library/by_laws/pdf/IOSCO-By-Laws-Section-1-English.pdf); Agencia Mundial Anti-Doping, Instrumento Constitutivo Fundacional (julio de 2014).

<sup>74</sup> Directivas ISO/IEC, Parte 1, Suplemento ISO Consolidado (2015), regla 1.17.3.

<sup>75</sup> Carta del Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria (BCBS), (enero de 2013), regla 17.

<sup>76</sup> Constitución de la Fundación de Estándares Internacionales de Reportes Financieros (IFRS), revisada y aprobada por los Fiduciarios (enero de 2013), regla 44..

<sup>77</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Carácter de observador para el Comité Internacional de la Cruz Roja, en consideración del papel y los mandatos especiales que le confieren los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Res. A.G. 45/6 (16 de octubre de 1990), U.N. Doc. A/RES/45/6.

<sup>78</sup> El Reglamento de la Asamblea General no hacen referencia al rol de las organizaciones de la sociedad civil (véase Reglamento de la Asamblea General, con las enmiendas y adiciones aprobadas por la Asamblea General hasta septiembre de 2007 (2008), U.N. Doc. A/520/Rev.17), y pese a ciertos esfuerzos para reformarlo, todavía no se ha logrado. Véase WILLETTS, 2000, pp. 196–208.

debe ser restringida con algunas aclaraciones. En primer lugar, la mayor parte de la creación de derecho en la Asamblea General no es realizada en la Asamblea misma, sino en otros órganos subsidiarios o conferencias *ad hoc* que sí tienen mecanismos de admisión para organizaciones no gubernamentales<sup>79</sup>. En segundo lugar, aunque no regule la relación entre las ONGs y la Asamblea General, la Resolución 1996/31 del ECOSOC autoriza al Secretario General “a ofrecer oportunidades a las organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas”, incluyendo “[o]portunidades apropiadas de asistir a las reuniones y obtener documentos durante las sesiones públicas de la Asamblea General en que se traten asuntos de carácter económico y social y otros asuntos conexos”<sup>80</sup>. Por lo tanto, como subraya Peter Willetts, “el mero hecho de estar en el edificio para participar de reuniones les permite a los representantes de las ONGs hablar con delegados en los pasillos y en los restaurantes”<sup>81</sup>. Por último, como nota Barbara Woodward, aunque no haya acceso formal al plenario, la Asamblea General “ha invitado frecuentemente a ONGs a participar en el trabajo de sus comités”<sup>82</sup>.

En suma, en la mayor parte de los foros de creación de derecho internacional existe algún mecanismo a través del cual las organizaciones de la sociedad civil pueden aplicar para que se les otorgue acceso a los procesos de toma de decisiones. Aunque haya esquemas variados, con diferentes órganos a cargo, la característica común de estos procedimientos es que están basados en criterios preestablecidos, que requieren entonces que quien toma las decisiones provea razones en caso de rechazar la admisión.

## **2. GARANTÍAS PARA LA PARTICIPACIÓN**

Una vez que se les otorga acceso, las organizaciones de la sociedad civil suelen tener ciertas garantías orientadas a que su participación sea exitosa. Estas pueden ser divididas en cuatro categorías: (a) acceso a los edificios e instalaciones, (b) acceso a reuniones abiertas, (c) acceso a documentación, y (d) acceso a financiamiento.

Más aún, puede decirse que las organizaciones tienen ciertos derechos fundamentales, además de estas prerrogativas específicas, tales como la libertad de

---

<sup>79</sup> WOODWARD, 2010, p. 262.

<sup>80</sup> Consejo Económico y Social (ECOSOC), Res. 1996/31 (25 de julio de 1996), U.N. Doc. E/RES/1996/31, art. 67.f.

<sup>81</sup> WILLETTS, 2011, p. 57.

<sup>82</sup> WOODWARD, 2010, p. 262.

asamblea, el derecho a la protesta, o la libertad de expresión<sup>83</sup>. No obstante, como mencioné anteriormente, la naturaleza consuetudinaria de estos derechos no es abordada en este estudio, dado que no puede ser deducida de las reglas de procedimiento de los distintos órganos (que no cubren estos asuntos), y por lo tanto requieren un análisis más pormenorizado de la práctica de cada foro de creación de derecho. En lo que sigue, presentaré los resultados del estudio para las cuatro garantías antes mencionadas.

## **2.1. Garantías de acceso a los edificios e instalaciones**

La prerrogativa básica que tienen todas las organizaciones admitidas a un cierto foro de creación de derecho es la posibilidad de acceder a los edificios e instalaciones relevantes<sup>84</sup>. En la mayor parte de los casos, esto está implícito en la decisión general de otorgarles un estatus de “observador”, “participante” o estatus “consultivo”. En algunos otros casos, no obstante, las organizaciones de la sociedad civil tienen algunas prerrogativas especiales destinadas a facilitar su participación: por ejemplo, a veces se les otorgan salas especiales para llevar a cabo sus reuniones<sup>85</sup>, y a veces se les da la posibilidad de instalar sus propios puestos en los pasillos de los edificios en los que se llevan a cabo las reuniones<sup>86</sup>.

Pese a que estas asignaciones son frecuentemente decididas por las autoridades de cada conferencia o de cada sesión, a veces las reglas de procedimiento o las regulaciones relevantes ya les otorgan a las organizaciones algunas prerrogativas. La Conferencia de Estados Parte a la Convención de Armas Químicas es probablemente el ejemplo más claro de esto. Sus regulaciones afirman que “para poder facilitar su participación en las sesiones de la Conferencia, se pondrá a disposición una sala de reuniones para su uso por parte de todas las ONGs acreditadas”, y que la Secretaría proveerá “todo equipamiento técnico y de servicios que pueda ser requerido”<sup>87</sup>. Las Directivas de la UNESCO sobre

---

<sup>83</sup> Sobre la relación entre estos derechos y el derecho a participar en la creación del derecho internacional, véase la sección I.1.2 del capítulo anterior, y generalmente, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los Derechos de Reunión y Asociación, Maina Kiai* (1 de septiembre de 2014), U.N. Doc. A/69/365.

<sup>84</sup> En efecto, todos y cada uno de los foros de creación de derecho que permiten el acceso general de las organizaciones de la sociedad civil les dan una autorización explícita o implícita a ingresar en los edificios en los que se llevan a cabo las discusiones.

<sup>85</sup> BRETON-LE GOFF, 2003, p. 113.

<sup>86</sup> BRETON-LE GOFF, 2003, p. 114.

<sup>87</sup> Conferencia de las Partes de la Convención de Armas Químicas, Directrices para la asistencia y participación de organizaciones no gubernamentales (8 de abril de 2013), Doc. RC-3/DEC.2, directriz 4.



Colaboración con ONGs también afirman que estas organizaciones “también pueden usar las salas de conferencia e instalaciones de la UNESCO en los términos más favorables”<sup>88</sup>. Las Reglas sobre Estatus Consultivo de ONGs del Organismo Internacional de Energía Atómica, por su parte, les dan a las organizaciones acceso explícito a las bibliotecas, entre otras instalaciones<sup>89</sup>.

Por lo tanto, estas reglas de procedimiento clarifican lo que otras consideran algo obvio: el reconocimiento de un cierto estatus de las organizaciones de la sociedad civil en el proceso implica que estos grupos deben recibir acceso a instalaciones razonables para llevar a cabo su trabajo.

## **2.2. Garantías de acceso a reuniones**

Todos los foros de creación de derecho que otorgan cierto acceso para las organizaciones de la sociedad civil les permiten, mínimamente, participar de las reuniones de los órganos plenarios de creación de derecho. Aunque es cierto que los Estados frecuentemente se reservan la prerrogativa de convertir en privadas estas reuniones en circunstancias específicas, también es cierto que, como nota Robbie Sabel, “es extremadamente raro que las reuniones plenarias de las conferencias sean cerradas al público”<sup>90</sup>. Por lo tanto, las organizaciones no gubernamentales tienen normalmente acceso a estas reuniones.

En lo que respecta a otras reuniones, el estudio de las reglas de procedimiento muestra que los Estados pueden, efectivamente, restringir el acceso de las organizaciones de la sociedad civil a reuniones específicas declarándolas “privadas”. No obstante, un estudio de esta naturaleza es incapaz de proveer información significativa acerca del alcance de estas restricciones -es decir, cuántas reuniones son en los hechos inaccesibles para las ONGs- y acerca de la naturaleza de estas reuniones<sup>91</sup>. Lo que sí sugiere, no obstante, es que las reuniones son en principio abiertas, y que los Estados deben tomar pasos específicos para restringir la participación en ellas. Aunque las reglas de procedimiento no establezcan en general requisitos para esta restricción, la decisión de

---

<sup>88</sup> Directrices respecto de la colaboración de la UNESCO con organizaciones no gubernamentales, adoptadas por la Conferencia General en su sesión número 36 (36 C/Resolución 108), directiva VI.1.j.

<sup>89</sup> OIEA, Reglas sobre el estatus consultivo de organizaciones no gubernamentales con el Organismo (7 de noviembre de 1959), U.N. Doc. INFCIRC/14, regla 4.c.

<sup>90</sup> SABEL, 2006, p. 109.

<sup>91</sup> Para algunas reflexiones sobre este punto, véase BRETON-LE GOFF, 2003, pp. 106–107.

limitar el acceso debe ser tomada en público, y por lo tanto los Estados deben pagar el costo político, frente a la opinión pública global, de aumentar la reserva del procedimiento. Las organizaciones de la sociedad civil pueden usar esta ventaja para presionar a los Estados de modo que minimicen las ocasiones en las que deciden restringir el acceso a estas reuniones.

### **2.3. Garantías de acceso a la documentación**

Una enorme mayoría de las reglas de procedimiento estudiadas (77 de 87) les otorgan a aquellas organizaciones de la sociedad civil a las que se les permite el acceso a los procedimientos el derecho a acceder a los documentos relevantes del proceso de creación de derecho. En algunos casos, de nuevo, esto no es explícito, pero puede ser inferido de las formulaciones amplias adoptadas respecto de su participación. En otros casos, no obstante, las reglas de procedimiento mandan específicamente que las secretarías deben entregar los documentos relevantes a los participantes en el proceso, incluyendo estas organizaciones<sup>92</sup>. En algunos otros casos, hay regulaciones explícitas que se refieren a ciertos tipos de documentos (en general, la agenda), pero no hay referencias al resto de los papeles, que presumiblemente son accesibles para todos los participantes.

Los resultados del estudio son coincidentes con las apreciaciones de aquellos autores y autoras que han estudiado el tema. Gaëlle Breton-Le Goff afirma que “la comunicación de documentos oficiales a las ONGs es un principio ampliamente admitido, y su aplicación casi no presenta dificultad alguna”<sup>93</sup>. Anne Peters también sostiene que la acreditación normalmente implica la posibilidad de “obtener información (agendas, borradores)”. Robbie Sabel parece coincidir, cuando afirma, respecto del rol de las

---

<sup>92</sup> Véase, por ejemplo, Programa Mundial de Alimentos de Naciones Unidas, Reglamento del Órgano Ejecutivo (enero de 2014), regla III.6; Conferencia de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas, Reglamento provisional de la Conferencia (7 de marzo de 2012), U.N. Doc. A/CONF.217/L.1, regla 63.e (“Las organizaciones no gubernamentales acreditadas recibirán, cuando lo soliciten, los documentos de la Conferencia y podrán proporcionar material relacionado con ella a las delegaciones por su propia cuenta frente a las salas en que se celebren las sesiones”); Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), Resolución No. 39/57, Establecimiento de un estatus de enlace para las organizaciones no gubernamentales internacionales, Textos Básicos de la FAO, Vol. II (2013), pp. 166-172 (las organizaciones tienen el derecho de “recibir del Director General, antes de la sesión, todos los documentos sobre cuestiones políticas o técnicas), regla 19.a; Organización Mundial de la Salud, Principios gobernando la relación entre la Organización Mundial de la Salud y las organizaciones no gubernamentales, Documentos básicos, edición 48, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2014, pp. 97–102, principio 6.1.ii (“el acceso a documentación no confidencial y a toda otra documentación que el Director General crea adecuado poner a disposición a través de aquellos procedimientos especiales de distribución que la OMS pueda establecer”).

<sup>93</sup> BRETON-LE GOFF, 2003, p. 110

secretarías (de, entre otros, distribuir documentos), que “los asuntos involucrados no parecen haber generado controversias en las conferencias”<sup>94</sup>.

## **2.4. Garantías de acceso a financiamiento**

A diferencia del resto de las prerrogativas analizadas en este estudio, la práctica de proveer financiamiento a las organizaciones de la sociedad civil para que puedan participar en la creación del derecho internacional no parece estar muy extendida. De las 87 reglas de procedimiento estudiadas, solo 12 incluyen cláusulas relacionadas con asistencia financiera para grupos de ciudadanos con el propósito de incrementar su participación.

La mayor parte de las excepciones provienen del área del derecho al desarrollo. El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, por ejemplo, crearon un programa de becas para “ayudar a incrementar la diversidad entre las organizaciones de la sociedad civil que participan y ampliar el rango de voces escuchadas en las reuniones”<sup>95</sup>. El programa auspicia a “entre 20 y 40 becarios de organizaciones de la sociedad civil para que participen en las reuniones, mayormente de países en desarrollo y economías de mercados emergentes”<sup>96</sup>. La misma lógica ha sido seguida en varias conferencias no destinadas a negociar tratados relacionadas con asuntos de desarrollo, tales como la Conferencia Mundial de Pueblos Indígenas<sup>97</sup>, la Conferencia de Naciones Unidas de Países Menos Desarrollados<sup>98</sup>, la Cumbre de Naciones Unidas sobre Objetivos de

---

<sup>94</sup> SABEL, 2006, p. 95.

<sup>95</sup> Véase *Directrices de 2015 sobre la vinculación entre el personal del FMI y las organizaciones de la sociedad civil*, disponible en [https://www.imf.org/external/np/exr/consult/2015/civilsociety/pdf/CSOs\\_Guidelines.pdf](https://www.imf.org/external/np/exr/consult/2015/civilsociety/pdf/CSOs_Guidelines.pdf), Directriz 24.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> La Asamblea General decidió “ampliar el mandato del Fondo de contribuciones voluntarias de las Naciones Unidas para los pueblos indígenas a fin de que pueda ayudar, de manera equitativa, a los representantes de los pueblos, las organizaciones, las instituciones y las comunidades indígenas a participar en la Conferencia Mundial, incluido el proceso preparatorio, de conformidad con la reglamentación pertinente”. Véase Asamblea General de las Naciones Unidas, *Organización de la reunión plenaria de alto nivel del sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, que se conocerá como Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas*, Res. A.G. 66/296 (15 de octubre de 2012), U.N. Doc. A/RES/66/296, párrafo 13.

<sup>98</sup> La Oficina del Alto Representante para los Países Menos Adelantados, los Países en Desarrollo sin Litoral y los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo proveyó apoyo financiero para varias actividades de la sociedad civil relacionadas con la conferencia. Véase Comité Preparatorio Intergubernamental de la Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Países Menos Adelantados, Examen del proceso preparatorio de la Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Países Menos Adelantados (2 de noviembre de 2010), U.N. Doc. A/CONF.219/IPC/2, párrafos 33-36.

Desarrollo del Milenio<sup>99</sup>, la Cumbre Mundial de 2005<sup>100</sup>, y la Asamblea Global sobre Envejecimiento<sup>101</sup>: en todos estos casos, se proveyó algún tipo de asistencia financiera a organizaciones de la sociedad civil -particularmente a aquellas provenientes de países en vías de desarrollo- para facilitar su participación en las discusiones.

Más allá de eso, algunos otros foros también proveen asistencia financiera a las organizaciones de la sociedad civil. Entre las organizaciones internacionales y sus agencias, aquellas que proveen financiamiento para la sociedad civil incluyen la Unión Postal Universal<sup>102</sup>, UNESCO<sup>103</sup>, y ONUSIDA<sup>104</sup>. Entre los creadores informales de

---

<sup>99</sup> La Asamblea General le solicitó “al Secretario General que establezca un fondo fiduciario a fin de que aumente la participación de representantes de organizaciones no gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil de países en desarrollo en las audiencias, y exhorta a los Estados Miembros y a otras entidades a apoyar generosamente y con prontitud el fondo fiduciario”. Véase Asamblea General de las Naciones Unidas, *Organización de la reunión plenaria de alto nivel del sexagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General*, Res. A.G. 64/184 (5 de febrero de 2010), U.N. Doc. A/RES/64/184, párrafo 18.

<sup>100</sup> La Asamblea General le solicitó “al Secretario General que establezca un fondo fiduciario a fin de mejorar la participación en las audiencias de representantes de organizaciones no gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil de países en desarrollo, y exhorta a los Estados Miembros y a otros a que apoyen generosamente y con prontitud el fondo fiduciario”. Véase Asamblea General de las Naciones Unidas, *Preparación y organización de la Reunión Plenaria de Alto Nivel de la Asamblea General*, Res. A.G. 59/291 (25 de abril de 2005), U.N. Doc. A/RES/59/291, párrafo 9.

<sup>101</sup> La Comisión de Desarrollo Social, actuando como comité preparatorio de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, “[e]n reconocimiento de la importancia de la participación geográfica equitativa de las organizaciones no gubernamentales en la Segunda Asamblea Mundial, insta a los órganos pertinentes de las Naciones Unidas a que presten asistencia a las organizaciones no gubernamentales que no cuenten con recursos para que puedan participar en la Segunda Asamblea Mundial, sobre todo a las de los países en desarrollo y los países con economías en transición”. Véase Informe de la Comisión de Desarrollo Social actuando como comité preparatorio para la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento en sus primeras sesiones, Decisión 2001/PC/3 y Reglas de Procedimiento (16 de mayo de 2001), U.N. Doc. E/2001/71, p. 20, párrafo (e).

<sup>102</sup> De acuerdo con las Regulaciones Generales de la UPU, “los costos operativos del Comité Consultivo” (que está compuesto por “organizaciones no gubernamentales que representan a clientes, proveedores de servicios de entregas, organizaciones de trabajadores, proveedores de bienes y servicios al sector de servicios postales y otras organizaciones de individuos y compañías que tengan un interés en apoyar la misión y objetivos de la Unión”) “serán compartidos por la Unión y los miembros del Comité, del modo en que determine el Consejo de Administración”. Véase Unión Postal Universal, Decisiones del Congreso de Doha de 2012, Textos finales de las actas firmadas en Doha y de las decisiones distintas de aquellas enmendando las actas, Regulaciones generales de la Unión Postal Universal y Reglas de procedimiento de los Congresos, artículo 119.

<sup>103</sup> De acuerdo con sus regulaciones, la UNESCO “puede realizar contribuciones financieras a las organizaciones no gubernamentales que puedan realizar una contribución particularmente efectiva a la implementación de su programa”. Véase Directrices respecto de la colaboración de la UNESCO con organizaciones no gubernamentales, adoptadas por la Conferencia General en su sesión número 36 (36 C/Resolución 108), directiva VIII.

<sup>104</sup> Véase Términos de Referencia de la Delegación CCP ONG de ONUSIDA, producida como resultado de la decisión 9.1 tomada en la 20ma reunión (junio de 2007) del Comité de Coordinación del Programa como resultado de la Revisión del año 2006 sobre la participación de las ONGs y la sociedad civil en el Comité de Coordinación del Programa, término N.

derecho internacional, solo provee financiamiento para la participación ciudadana la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN)<sup>105</sup>.

Más allá de estos ejemplos aislados, los resultados del estudio muestran que las organizaciones de la sociedad civil deben generalmente afrontar los costos de participar en los procesos de creación de derecho internacional con su propio financiamiento. Esto parece algo contradictorio con el propósito explícito de la comunidad internacional de aumentar la participación de organizaciones del Sur global y de naciones en desarrollo<sup>106</sup>, que frecuentemente carecen de acceso a suficientes fondos como para costear su participación en las reuniones (que, además, suelen realizarse en el Norte global, aún más lejos de su alcance).

### **3. DERECHO A TENER UNA VOZ SIGNIFICATIVA EN LOS PROCEDIMIENTOS**

El derecho general de acceso y la existencia de garantías, que analicé en las secciones pasadas, no tendría sentido si las organizaciones de la sociedad civil no tuvieran, además, alguna voz en los procedimientos. Esta sección explora los resultados del estudio respecto de las posibilidades de las organizaciones de la sociedad civil de (a) presentar argumentos orales, y (b) presentar declaraciones escritas ante quienes toman las decisiones de creación de derecho.

Como expliqué anteriormente, esta sección no analiza la tercera prerrogativa incluida dentro de este encabezado -la consideración real de las ideas presentadas por las organizaciones- dado que, primero, no puede ser inferida de las reglas de procedimiento y debe ser evaluada mirando la práctica real y, segundo, está de todos modos cubierta por otra regla de derecho internacional: el principio de buena fe<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Véase, por ejemplo, el Programa “NextGen”: <https://www.icann.org/development-and-public-responsibility/nextgen>.

<sup>106</sup> El artículo 5 de la Resolución ECOSOC 1996/31, por ejemplo, establece que el Comité de ONGs, “[c]uando examine las solicitudes de reconocimiento de organizaciones no gubernamentales como entidades consultivas, el Comité Encargado de las Organizaciones no Gubernamentales deberá velar, en la medida de lo posible, por la participación de organizaciones no gubernamentales de todas las regiones, en particular de los países en desarrollo, a fin de contribuir al logro de una participación equitativa, equilibrada, eficaz y genuina de las organizaciones no gubernamentales de todas las regiones y zonas del mundo” (Consejo Económico y Social (ECOSOC), Res. 1996/31 (25 de julio de 1996), U.N. Doc. E/RES/1996/31, artículo 5).

<sup>107</sup> Véase *supra*, la introducción a esta sección II.

### 3.1. El derecho a presentar argumentos orales

De las 87 reglas de procedimiento analizadas en este estudio, 73 les proveen a las organizaciones de la sociedad civil alguna oportunidad de realizar pronunciamientos verbales en los procedimientos de creación de derecho. Puede concluirse, entonces, con Robbie Sabel, que el derecho a la “participación frecuentemente incluye el derecho (...) de realizar pronunciamientos”<sup>108</sup>.

El derecho a presentar argumentos orales no quiere decir, por supuesto, que las organizaciones de la sociedad civil puedan hablar cuando quieran durante los procedimientos. Al igual que el resto de los participantes, deben seguir las regulaciones y respetar las decisiones del moderador o moderadora de la sesión y del cuerpo mismo<sup>109</sup>. En efecto, esto está regulado en la mayor parte de las reglas de procedimiento, en las que la formulación más común es que las ONGs pueden presentar argumentos orales “por invitación del funcionario que presida el cuerpo en cuestión, y sujeto a la aprobación de

---

<sup>108</sup> SABEL, 2006, p. 53.

<sup>109</sup> Solo algunos de estos reglamentos les otorgan a los Estados miembros esta posibilidad de oponerse a la participación de organizaciones no gubernamentales. En otros, la decisión queda en manos del presidente. Véase, por ejemplo, Directrices respecto de la colaboración de la UNESCO con organizaciones no gubernamentales, adoptadas por la Conferencia General en su sesión número 36 (36 C/Resolución 108), directiva VI.1.c (“Estos observadores pueden realizar pronunciamientos sobre cuestiones relacionadas con su respectiva competencia en las comisiones, comités y órganos subsidiarios de la Conferencia General, con el consentimiento del funcionario que presida; pueden pronunciarse ante las reuniones plenarias de la Conferencia General sobre cuestiones particulares de importancia significativa que queden bajo su competencia con autorización del Comité de la Conferencia, de acuerdo con las cláusulas de las Reglas de Procedimiento de la Conferencia General”); Comisión de Consolidación de la Paz de las Naciones Unidas, Directrices provisionales para la participación de la sociedad civil en las reuniones de la Comisión de Consolidación de la Paz, presentadas por la Presidencia sobre la base de consultas oficiosas (29 de junio de 2007), U.N. Doc. PBC/1/OC/12, directriz II.A.1 (“El Presidente del Comité de Organización o el Coordinador de la configuración encargada del país respectivo, en consulta con los miembros del Comité de Organización, invitarán a los representantes de las organizaciones de la sociedad civil que tengan participación activa en actividades de consolidación de la paz a que, según se requiera, hagan declaraciones orales y proporcionen información, si eso puede facilitar la labor de la Comisión sobre cuestiones concretas en el ámbito de sus actividades relativas a las estrategias integradas para la consolidación de la paz después de los conflictos”).

ese cuerpo”<sup>110</sup>, ya sea en materias “de su competencia”<sup>111</sup>, dentro del “alcance de sus actividades”<sup>112</sup>, o “en asuntos de su interés”<sup>113</sup>.

Alguien podría afirmar que, como resultado de esta regulación, tanto el presidente de la sesión como los Estados miembros podrían discrecionalmente decidir excluir a la sociedad civil de los debates. No obstante, como sugiere Anne Peters, esta lectura puede ser incompatible con consideraciones de justicia procesal, que pueden derivarse del principio ampliamente reconocido de buena fe<sup>114</sup>. Una interpretación mucho más sensata de estas cláusulas es que tanto el funcionario que preside como el cuerpo mismo pueden decidir excluir a estas organizaciones solamente en base a consideraciones de dos tipos. Primero, podrían negarles a algunos grupos la posibilidad de hablar por razones prácticas relacionadas con su propia responsabilidad de conducir las sesiones. Por ejemplo, podrían restringir la participación de ciertos grupos cuando demasiadas organizaciones han solicitado hablar<sup>115</sup>. Y, segundo, como resultado de la formulación de las reglas de

---

<sup>110</sup> Las mayorías requeridas para permitir la participación también varían. En algunos casos, por ejemplo, las reglas requieren que “no haya objeciones”, en otras, la objeción de “al menos un tercio de las partes”, etcétera.

<sup>111</sup> Véase, por ejemplo, Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo, Reglas de procedimiento provisionales (30 de abril de 1992), U.N. Doc. A/CONF.151/2, regla 65; Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Reglas de procedimiento (15 de junio-17 de julio de 1998), U.N. Doc. A/CONF.183/6, regla 63; Conferencia de Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), Reglamento provisional (26 de abril de 1996), U.N. Doc. A/CONF.165/2, regla 63; Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Nota de la secretaría (13 de abril de 2000), U.N. Doc. A/CONF.189/PC.1/2, regla 65; Comité Preparatorio Intergubernamental de la Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Países Menos Adelantados, Segundo período de sesiones, Proyecto de reglamento provisional (24 de enero de 2011), U.N. Doc. A/CONF.219/IPC/L.2, regla 64.

<sup>112</sup> Véase, por ejemplo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Reglas de Procedimiento del órgano de Comercio y Desarrollo (1989), U.N. Doc. TD/B/16/Rev.4, regla 77; Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP), Decisión 27/1: Nuevas reglas de procedimiento del Consejo de Gobierno (2012), U.N. Doc. UNEP/GC.27/17, regla 69.1.

<sup>113</sup> Véase Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Conferencia de las Partes, Proyecto de reglamento de la Conferencia de las Partes y sus órganos subsidiarios (22 de mayo de 1996), U.N. Doc. FCCC/CP/1996/2, regla 7.2; Conferencia de las Partes de la Convención de Naciones Unidas para Combatir la Desertificación, Informe de la Primera Sesión, Addendum, Parte Dos: Acciones tomadas por la CoP en su primera sesión, Decisión 1/COP.1, Reglas de Procedimiento (22 de diciembre de 1997), U.N. Doc. ICCD/COP(1)/11/Add.1, pp. 4-22, regla 7.2; Reglas de procedimiento de las reuniones de la Conferencia de las Partes de la Convención sobre la Diversidad Biológica, adoptada por la Decisión COP I/1, y enmendada por la Decisión V/20 (2000), regla 7.2.

<sup>114</sup> PETERS, 2009b, p. 227.

<sup>115</sup> Esto es de hecho coherente con la redacción de algunas de estas reglas de procedimiento, que explícitamente prevén esta situación, afirmando que “[s]i el número de solicitudes para hacer una exposición es muy alto, se pedirá a las organizaciones no gubernamentales que formen grupos para que cada grupo hable a través de su portavoz”. Véase, por ejemplo, Conferencia de Naciones Unidas sobre los

procedimiento, podrían rechazar estos pronunciamientos orales cuando las organizaciones pretendan hablar sobre temas que no están dentro de su área de actividad, de su competencia o de su interés. Por lo tanto, como nota Peters, las negativas pueden ser admisibles, pero “deberían ser específica y concretamente justificadas por el órgano internacional. Las instituciones deben dar razones por sus decisiones respecto de la participación de ONGs, especialmente por decisiones negativas”<sup>116</sup>.

Aunque el lenguaje analizado en el párrafo anterior está presente en la mayoría de las reglas de procedimiento, algunas de ellas son distintas. Un número importante de normas usa una formulación todavía más amplia, que parece evitar estos problemas interpretativos: afirman que las ONGs “pueden participar sin voto en las deliberaciones”<sup>117</sup>. De esta prerrogativa amplia se puede entender que las organizaciones no gubernamentales están en pie de igualdad con los demás participantes en las discusiones orales (aunque no lo estén respecto del proceso final de toma de decisiones).

Pese a que muchas de estas reglas de procedimiento son lo suficientemente amplias como para asumir que las organizaciones de la sociedad civil pueden hablar en los mismos foros en que los Estados, algunas de las recientes conferencias no destinadas a la negociación de tratados regularon explícitamente sobre este punto. De acuerdo con estas

---

Asentamientos Humanos (Hábitat II), Reglamento provisional (26 de abril de 1996), U.N. Doc. A/CONF.165/2, regla 63; Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Nota de la secretaría (13 de abril de 2000), U.N. Doc. A/CONF.189/PC.1/2, regla 65.

<sup>116</sup> PETERS, 2009b, p. 227.

<sup>117</sup> Véase, por ejemplo, OACI, Reglas vigentes de procedimiento de la Asamblea de la Organización de Aviación Civil Internacional (2008), Doc. 7600/6, regla 25; Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (UNIDO), Reglas de Procedimiento de la Conferencia General (11 de junio de 1986), U.N. Doc. UNIDO/2, regla 30.3.c; Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Reunión de los Estados Partes, Reglamento de las Reuniones de los Estados Partes (24 de enero de 2005), U.N. Doc. SPLOS/2/Rev.4, regla 18.6; Reglas de Procedimiento de las Reuniones de la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención sobre Humedales de Importancia Internacional, adoptada por la Undécima Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes, Bucarest, Rumania, Ramsar (7 de julio de 2011) COP12 DOC.27, regla 7.3; Reglas de Procedimiento de la Conferencia de las Partes de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), enmendada en la reunión 16, Bangkok (2013), regla 2.1; Reglas de Procedimiento de la Conferencia de las Partes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, adoptada en su primera sesión (decisión FCTC/COP1(8)), incluyendo enmiendas adoptadas en su sexta sesión (decisión FCTC/COP6(24)), regla 31.4. Algunas otras reglas de procedimiento definen los derechos de los observadores de forma negativa, afirmando solamente lo que no pueden hacer. Cuando esto no incluye la presentación de argumentos orales, se podría asumir que se les permite a las organizaciones de la sociedad civil hablar en los procedimientos. Véase, por ejemplo, Reuniones de los Estados Partes en la Convención sobre la prohibición del empleo, el almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (27 de agosto de 2007), U.N. Doc. APLC/MSP.8/2007/5, regla 24; Reglamento para las Reuniones de los Estados Partes en la Convención sobre Municiones en Racimo (23 de junio de 2013), U.N. Doc. CCM/MSP/2013/3, regla 24.



normas, las organizaciones de la sociedad civil no pueden hacer discursos de apertura, pero pueden hablar junto con los Estados en “mesas redondas de discusión”<sup>118</sup> o “diálogos interactivos”<sup>119</sup>.

En cuanto al contenido de las intervenciones, hay diversas regulaciones específicas, pero la mayor parte de ellas son lo suficientemente amplias como para permitir que las ONGs usen el tiempo que se les asigna para el propósito que crean adecuado. Sabel afirma que “hay inconsistencias en las reglas de procedimiento recientes respecto del derecho los observadores a presentar propuestas”, pero parece claro que pueden hacerlo si tienen el apoyo de al menos un Estado<sup>120</sup>. Y, finalmente, respecto del derecho de réplica, aunque la tendencia sea la de restringir esta posibilidad (en ocasiones incluso a los Estados), también hay regulaciones diversas, que a veces admiten que las ONGs pueden hacer uso de ellas<sup>121</sup>.

### **3.2. El derecho a presentar argumentos escritos**

Una mayoría importante de las reglas de procedimiento del estudio (69 de 87) les proveen a las organizaciones de la sociedad civil alguna oportunidad de realizar pronunciamientos por escrito en los procedimientos de creación de derecho. En este sentido, Gäelle Breton Le-Goff escribe que “la difusión de documentos de ONGs no genera realmente problemas”<sup>122</sup> en estos procesos, y Robbie Sabel sostiene que el derecho a la “participación frecuentemente incluye el derecho a (...) realizar presentaciones”<sup>123</sup>.

Los números son abrumadores en lo que refiere a conferencias. Casi todas las conferencias -sean o no de negociación de tratados- que permiten la participación de la sociedad civil también les permiten a los miembros de estos grupos presentar escritos al

---

<sup>118</sup> Véase, por ejemplo, Conferencia Internacional sobre Financiación del Desarrollo, Reglas de procedimiento provisionarias para la tercera Conferencia Internacional sobre Financiación del Desarrollo (12 de mayo de 2015), U.N. Doc. A/CONF.227/2, regla 64; Conferencia de las Naciones Unidas sobre la crisis financiera y económica mundial y sus efectos en el desarrollo, Reglamento provisional, Nota de la Secretaría (28 de mayo de 2009), Reglamento provisional Nota de la Secretaría, U.N. Doc. A/CONF.214/2, regla 64; Asamblea General de las Naciones Unidas, *Cumbre de las Naciones Unidas sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, Res. A.G. 64/184 (5 de febrero de 2010), U.N. Doc. A/RES/64/184, Anexo II.

<sup>119</sup> Véase Proyecto de resolución presentado por el Presidente de la Asamblea General, Organización de la cumbre de las Naciones Unidas dedicada a la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 (16 de diciembre de 2014), U.N. Doc. A/69/L.43.

<sup>120</sup> SABEL, 2006, p. 168.

<sup>121</sup> SABEL, 2006, pp. 51, 53–54, 121, 125.

<sup>122</sup> BRETON-LE GOFF, 2003, p. 110.

<sup>123</sup> SABEL, 2006, p. 53. Véase también SABEL, 2006, pp. 56, 399.

pleno de la conferencia<sup>124</sup>. En casi todos los casos<sup>125</sup>, las reglas de procedimiento establecen que los argumentos escritos presentados por los representantes de estos grupos “deben ser distribuidos por la Secretaría a todas las delegaciones en las cantidades y en el idioma en el cual hayan sido presentados en el sitio de la Conferencia”, siempre y cuando “estén relacionados con el trabajo de la Conferencia y (...) sean sobre un tema sobre el cual [la ONG] tenga competencia especial”<sup>126</sup>. Desde 1996, también suelen clarificar que las “presentaciones escritas no deben ser realizadas a expensas de Naciones Unidas y no deben ser catalogadas como documentos oficiales”<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> La única excepción fue la Conferencia Diplomática para la Adopción de una Convención sobre Municiones en Racimo, que no incluyó ninguna cláusula respecto de este derecho. Véase Carta de fecha 13 de octubre de 2008 dirigida al Presidente de la Primera Comisión por el Representante Permanente de Irlanda ante las Naciones Unidas, Apéndice, Documento Final de la Conferencia Diplomática para la Adopción de una Convención sobre Municiones en Racimo, Reglas de Procedimiento (3 de noviembre de 2008), U.N. Doc. A/C.1/63/5, pp. 9-22.

<sup>125</sup> Las excepciones son las cumbres que son convocadas como reuniones de alto nivel, más que como conferencias, en las cuales no se adoptan reglas de procedimiento. Esto ocurrió significativamente solo en cumbres que no tenían el propósito de negociar tratados: todas las conferencias de negociación de tratados adoptaron esta redacción exacta.

<sup>126</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, Reglas de procedimiento provisorias (13 de septiembre de 1978), U.N. Doc. A/CONF.89/3/Rev.1, regla 59; Conferencia de Naciones Unidas sobre Prohibiciones o Restricciones al Uso de Ciertas Armas Convencionales que puedan ser Consideradas Excesivamente Dañinas o tener Efectos Indiscriminados, Reglas de procedimiento provisorias (1 de agosto de 1978), U.N. Doc. A/CONF.95/CONF.2, regla 61; Conferencia de Naciones Unidas sobre las Condiciones de Registro de Buques, Reglas de procedimiento (18 de julio de 1984), U.N. Doc. TD/RS/CONF/8, regla 67; Convención contra el Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas y Sustancias Psicotrópicas, Registros oficiales, Volumen I, Reglas de procedimiento (25 de noviembre-20 de diciembre de 1988), U.N. Doc. E/CONF.82/16, pp. 45-53, rule 69; United Nations General Assembly Resolution 46/168, U.N. Doc. A/RES/46/168 (19 Dec., 1991); Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo, Reglas de procedimiento provisionales (30 de abril de 1992), U.N. Doc. A/CONF.151/2, regla 67; Conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas y la Organización Marítima Internacional para la elaboración de un Convenio sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, Reglas de Procedimiento de la Conferencia, (22 de diciembre de 1992), U.N. Doc. A/CONF.162/2, regla 68; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el arresto de buques, Reglas provisionales de procedimiento de la Conferencia (19 de noviembre de 1998), U.N. Doc. A/CONF.188/2, regla 67; Tercera Conferencia Internacional sobre los Pequeños Estados Insulares, Reglamento provisional (3 de julio de 2014), U.N. Doc. A/CONF.223/2, regla 66.

<sup>127</sup> Conferencia de Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), Reglamento provisional (26 de abril de 1996), U.N. Doc. A/CONF.165/2, regla 64; Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Reglas de procedimiento (15 de junio-17 de julio de 1998), U.N. Doc. A/CONF.183/6, regla 64; Conferencia de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas, Reglamento provisional de la Conferencia (7 de marzo de 2012), U.N. Doc. A/CONF.217/L.1, regla 64. Esta redacción no fue incluida en las reglas de procedimiento de todas las conferencias: véase, por ejemplo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre la crisis financiera y económica mundial y sus efectos en el desarrollo, Reglamento provisional, Nota de la Secretaría (28 de mayo de 2009), Reglamento provisional Nota de la Secretaría, U.N. Doc. A/CONF.214/2, regla 67; Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Países en Desarrollo Sin Litoral, Reglamento provisional (22 de julio de 2014), U.N. Doc. A/CONF.225/3, regla 65.

En las organizaciones internacionales, la formulación de la regulación varía. En muchos casos, la distribución de los escritos es automática, y no tiene limitaciones (por ejemplo, el derecho “de circular a la Conferencia su posición por escrito, sin límites”<sup>128</sup>), pero en algunos otros casos la Secretaría debe considerar su pertinencia (por ejemplo, analizar “si lo considera relevante al trabajo de ese órgano”<sup>129</sup>) y decidir quién debería recibirlas (el director “determinará la naturaleza y el alcance de su circulación”<sup>130</sup>). Algunas reglas de procedimiento le otorgan a la Secretaría el derecho de sugerir cambios a los escritos, y luego circular la versión final presentada por la ONG luego de responder

---

<sup>128</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), Resolución No. 39/57, Establecimiento de un estatus de enlace para las organizaciones no gubernamentales internacionales, Textos Básicos de la FAO, Vol. II (2013), pp. 166-172, regla 19; Comisión del Codex Alimentario, Manual de procedimientos, Doceava edición (2001), Principios respecto de la participación de organizaciones internacionales no gubernamentales en el trabajo de la Comisión del Codex Alimentario, pp. 54-59, principio 5. Véase también, por ejemplo, Organización Meteorológica Mundial, Acuerdos y acuerdos provisorios con otras organizaciones internacionales, Documentos Básicos No. 3 (Supl. No. 2 (II.2009)), VI. Estatus consultivo para organizaciones internacionales no gubernamentales, regla 2.iii (“Prerrogativa de presentar, en estas reuniones, documentos de trabajo sobre temas en la agenda de la reunión que sean de su particular interés”); Reglas y principios para el estatus consultivo de organizaciones internacionales no gubernamentales ante la Organización Marítima Internacional, adoptadas por la Asamblea, resolución A.31(II) del 13 de abril de 1961, enmendadas sucesivamente y finalmente aprobadas por la Asamblea en su sesión número veintiocho, del 4 de diciembre de 2013, regla 6.b (“el derecho de presentar documentos sobre ítems en la agenda”); Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Reglas de Procedimiento del órgano de Comercio y Desarrollo (1989), U.N. Doc. TD/B/16/Rev.4, regla 77.2 (“Las presentaciones escritas acercadas por órganos no gubernamentales referidos en el párrafo 1, relacionados con ítems de la agenda del Órgano o de sus órganos subsidiarios, serán circulados por la secretaría a los miembros del Órgano o al órgano subsidiario en cuestión”); Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP), Decisión 27/1: Nuevas reglas de procedimiento del Consejo de Gobierno (2012), U.N. Doc. UNEP/GC.27/17, regla 69.2 (“Las presentaciones escritas acercadas por órganos no gubernamentales referidos en el párrafo 1, relacionados con ítems de la agenda del Consejo de Gobierno o de sus órganos subsidiarios, serán circulados por la secretaría a los miembros del Consejo de Gobierno o al órgano subsidiario en cuestión en las cantidades e idiomas en que las presentaciones fueran puestas a disposición de la secretaría para su distribución”).

<sup>129</sup> OIEA, Reglas sobre el estatus consultivo de organizaciones no gubernamentales con el Organismo (7 de noviembre de 1959), U.N. Doc. INFCIRC/14, regla 3 (“El Director General circular a los miembros del órgano o del Organismo cualquier presentación escrita que haya sido enviada en uno o más de los idiomas de trabajo del Organismo por la organización, si lo considera relevante al trabajo de ese órgano, si ha tenido una oportunidad de sugerir cambios que considere apropiados, y si la organización ha tenido en cuenta tales sugerencias, siempre y cuando tal presentación no tenga más de 2000 palabras”). Véase también, por ejemplo, Directrices respecto de la colaboración de la UNESCO con organizaciones no gubernamentales, adoptadas por la Conferencia General en su sesión número 36 (36 C/Resolución 108), directiva VI.1.i (“podrán, bajo la autoridad de su órgano de gobierno, realizar presentaciones escritas en cualquier momento al Director General sobre programas de la UNESCO en asuntos de su competencia. El Director General podrá, si lo considera necesario, comunicarle la sustancia de estas presentaciones al Órgano Ejecutivo o, si fuera apropiado, a la Conferencia General”).

<sup>130</sup> Organización Mundial de la Salud, Principios gobernando la relación entre la Organización Mundial de la Salud y las organizaciones no gubernamentales, Documentos básicos, edición 48, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2014, pp. 97-102, principio 6.1.iii. Véase también, Directrices respecto de la colaboración de la UNESCO con organizaciones no gubernamentales, adoptadas por la Conferencia General en su sesión número 36 (36 C/Resolución 108), directiva VI.1.i.

esos comentarios<sup>131</sup>. Finalmente, la regulación del ECOSOC, que es la más extensa, establece algunos parámetros respecto del formato del escrito a ser presentado, tales como el largo, el idioma y el número de copias<sup>132</sup>.

La mayor parte de las conferencias de las partes de tratados no tienen regulaciones específicas respecto del derecho de las organizaciones de la sociedad civil a presentar escritos. No obstante, esto puede de todos modos inferirse del derecho amplio “a participar (...) en los procedimientos”<sup>133</sup>, reconocido en la mayoría de las reglas procesales. De hecho, existen casos en los que, con esta formulación, se han admitido presentaciones escritas de ONGs, lo que sugiere que esta ha sido la interpretación adoptada por los propios Estados miembros<sup>134</sup>.

Finalmente, en la creación informal de derecho internacional, los pronunciamientos escritos son generalmente permitidos o bien en procesos de consulta pública llevados a cabo por los distintos órganos<sup>135</sup>, o en consejos asesores establecidos con el mismo propósito<sup>136</sup>. La formulación adoptada por estas regulaciones es realmente diversa.

---

<sup>131</sup> Véase, por ejemplo, Consejo Económico y Social (ECOSOC), Res. 1996/31 (25 de julio de 1996), U.N. Doc. E/RES/1996/31, art. 31.c; OIEA, Reglas sobre el estatus consultivo de organizaciones no gubernamentales con el Organismo (7 de noviembre de 1959), U.N. Doc. INFCIRC/14, regla 3; Reglas y principios para el estatus consultivo de organizaciones internacionales no gubernamentales ante la Organización Marítima Internacional, adoptadas por la Asamblea, resolución A.31(II) del 13 de abril de 1961, enmendadas sucesivamente y finalmente aprobadas por la Asamblea en su sesión número veintiocho, del 4 de diciembre de 2013, regla 6.b.

<sup>132</sup> Consejo Económico y Social (ECOSOC), Res. 1996/31 (25 de julio de 1996), U.N. Doc. E/RES/1996/31, art. 31.

<sup>133</sup> Véase, por ejemplo, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Conferencia de las Partes, Proyecto de reglamento de la Conferencia de las Partes y sus órganos subsidiarios (22 de mayo de 1996), U.N. Doc. FCCC/CP/1996/2, regla 7.2; Reglas de procedimiento de las reuniones de la Conferencia de las Partes de la Convención sobre la Diversidad Biológica, adoptada por la Decisión COP I/1, y enmendada por la Decisión V/20 (2000), regla 7.2; CoP de la Convención de Viena sobre Protección de la Capa de Ozono, Reglas de Procedimiento (28 de abril de 1989), U.N. Doc. UNEP/OzL.Conv.1/3/Rev.1, regla 7.2.

<sup>134</sup> Véase, por ejemplo, el sitio web establecido por la CoP de la Conferencia Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático para publicar las presentaciones escritas presentadas por organizaciones de observadores: [http://unfccc.int/documentation/submissions\\_from\\_observers/items/7478.php](http://unfccc.int/documentation/submissions_from_observers/items/7478.php).

<sup>135</sup> Véase, por ejemplo, Carta del Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria (BCBS), (enero de 2013), regla 17 (“El proceso consultivo incluirá la emisión de una invitación pública a las partes interesadas para proveer comentarios por escrito a la Secretaría sobre propuestas de normativas presentadas por el Comité, dentro de un tiempo específico. El proceso de consultas durará normalmente 90 días calendario, pero podrá ser excepcionalmente más corto o más largo. Como regla general, las respuestas a las invitaciones públicas de comentarios deben ser publicadas en el sitio web del BCBS, a menos que quienes escriban soliciten un trato de confidencialidad”); Consejo de Estabilidad Financiera, Directrices Procedimentales, PLEN/2013/02-Rev, Directriz 82.

<sup>136</sup> Véase, por ejemplo, Red Internacional de Competencia (ICN), Marco Operacional, adoptado por los miembros del ICN (13 de febrero de 2012), regla 6.iii; Constitución de la Fundación de Estándares

En suma, aproximadamente un 80% de los foros de creación de derecho internacional estudiados admiten que las organizaciones de la sociedad civil realicen pronunciamientos orales y escritos para contribuir a las deliberaciones. Aunque los presidentes de las sesiones y las secretarías generalmente tienen algún espacio de maniobra y determinan qué organizaciones podrán hacer oír su voz, y quién la oirá, el principio general es uno de inclusión, y toda exclusión debe ser justificada a partir de los requisitos establecidos en las regulaciones relevantes.

### **III. EL ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA: UNA REGLA Y UN PRINCIPIO DE DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO**

Cuando los Estados llevan a cabo una cierta práctica con un mínimo grado de consistencia y generalidad, y considerando que sus acciones se derivan de un mandato jurídico, esa práctica se torna vinculante para esos Estados, como una regla de derecho internacional consuetudinario<sup>137</sup>. Esta afirmación general es también aplicable a la práctica llevada a cabo por los Estados<sup>138</sup> en el contexto de los foros institucionalizados y no institucionalizados de creación de derecho internacional, tales como los analizados en la sección previa<sup>139</sup>. Como escribe Robbie Sabel, “la práctica de los Estados en las conferencias, si se presenta junto con *opinio juris*, puede y ha en efecto recibido, en el caso de ciertas reglas de procedimiento específicas, el estatus de costumbre internacional<sup>140</sup>”.

---

Internacionales de Reportes Financieros (IFRS), revisada y aprobada por los Fiduciarios (enero de 2013), artículo 44.

<sup>137</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.b. Véase, generalmente, AKEHURST, 1975; MENDELSON, 1998; TREVES, 2006

<sup>138</sup> Sin perjuicio del hecho de que estas acciones suelen tener lugar en el marco de la estructura de las organizaciones internacionales, lo que está en juego aquí son las acciones de los Estados, y no de las organizaciones mismas. Por lo tanto, no hay necesidad de abordar las discusiones respecto de la capacidad de las organizaciones de contribuir a la formación de la costumbre internacional (sobre esto, véase, por ejemplo, MENDELSON, 1998, pp. 200–202)

<sup>139</sup> SABEL, 2006, p. 40 (“El hecho de que una cierta práctica estatal se lleve a cabo en una conferencia internacional ni niega ni implica que se transforme en costumbre. Cuando la aplicación de una regla suele ocurrir en la asamblea o en las salas de reunión, entonces las declaraciones de los Estados y sus votos en la asamblea o conferencia en relación a dicha regla podrían ser legítimamente vistos como verdadera práctica estatal”).

<sup>140</sup> SABEL, 2006, p. 51. Esto parece, de hecho, haber sido reconocido por los Estados mismos, cuando muchas veces clarifican que no quieren que una cierta cláusula constituya un precedente relevante para el futuro – reconociendo que, en otros casos, sí puede ser considerado como tal. Véase, por ejemplo, Conferencia de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas, Reglamento provisional de la Conferencia (7 de marzo de 2012), U.N. Doc. A/CONF.217/L.1, regla 63(f) (“Los arreglos

En lo que sigue, analizaré los resultados del estudio presentado en la sección anterior en relación a las reglas y estándares aplicables para la identificación de derecho internacional consuetudinario<sup>141</sup>. Dividiré mi análisis en dos etapas. En primer lugar, miraré las reglas específicas que pueden emerger de estas prácticas; es decir, consideraré si hay un derecho consuetudinario a obtener acceso, garantías y voz. Luego, en una segunda etapa, trataré de derivar conclusiones más amplias de estos análisis específicos: argumentaré que la combinación de estas prácticas puede ser entendida conjuntamente como la emergencia de un derecho programático, más amplio, de las organizaciones de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional.

## 1. UN ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA Y LA *OPINIO JURIS* ESPECÍFICA

Pese a que “suele ser difícil considerar los dos elementos separadamente”<sup>142</sup>, hay un amplio acuerdo en cuanto a que, para identificar una regla de costumbre internacional, es necesario que estén presentes dos componentes<sup>143</sup>: primero, debe haber una práctica establecida, con cierta “densidad”<sup>144</sup>, y, segundo, debe haber *opinio juris* o, lo que es lo mismo, dicha práctica debe ser aceptada como derecho por aquellos Estados que la llevan a cabo.

---

relativos a la acreditación y la asistencia de las organizaciones no gubernamentales a la Conferencia no sentarán precedente en modo alguno para otras conferencias de las Naciones Unidas”).

<sup>141</sup> Véase la discusión de los capítulos 2 y 3, y para las reglas específicas, Comisión de Derecho Internacional, *Primer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/663 (17 de mayo de 2013); Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014); Comisión de Derecho Internacional, *Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/682 (27 de marzo de 2015); Comisión de Derecho Internacional, *Cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/695 (8 de marzo de 2016).

<sup>142</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 28.

<sup>143</sup> Esto es explícito en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: “dos condiciones deben ser cumplidas. No solo los actos en cuestión deben ser una práctica establecida, sino que también deben ser tales que, o deben ser llevados a cabo de modo tal que, constituyan evidencia de una creencia de que esta práctica se vuelve obligatoria por la existencia de una norma requiriéndola” (Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero), párrafo 77). Véase la revisión de casos y comentarios en Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafos 21-30.

<sup>144</sup> ILA, 2000, p. 20.

## 1.1. Una práctica generalizada y uniforme

El primer elemento en una regla de costumbre internacional -el llamado “elemento objetivo”<sup>145</sup>- es la práctica de los Estados. En el caso del derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional, las “instancias de conducta”<sup>146</sup> relevantes son aquellas en las que los Estados deciden el grado de acceso, garantías y voz que estas organizaciones habrán de tener, formalmente, en la creación de derecho internacional. Si se puede identificar “un patrón común”<sup>147</sup>, entonces puede decirse que existe una “práctica generalizada”.

Pese a que muchas de estas decisiones fueron adoptadas en el contexto de organizaciones internacionales, lo que importa aquí no es la conducta de estas organizaciones, sino más bien la de los Estados que las componen<sup>148</sup>. Distinguir las decisiones del órgano colectivo de las de los miembros individuales puede ser difícil en algunos casos<sup>149</sup>; no obstante, este no parece ser el caso en lo que respecta a las reglas de procedimiento<sup>150</sup>. Estas reglas son generalmente adoptadas por consenso, lo que significa que los Estados han dado su consentimiento respecto de su contenido – o, al menos, no han presentado ninguna objeción cuando tuvieron la chance de hacerlo<sup>151</sup>. E incluso en

---

<sup>145</sup> MENDELSON, 1998, p. 197.

<sup>146</sup> Corte Internacional de Justicia, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), 1986 I.C.J. 14 (27 de junio), párrafo 207.

<sup>147</sup> MENDELSON, 1998, p. 197

<sup>148</sup> Hay algunas divergencias en la bibliografía acerca de si las acciones de las organizaciones (como tales) deberían ser tenidas en cuenta a los fines de identificar la costumbre internacional. No obstante, mi análisis no requiere apoyarse en argumentos de este tipo, dado que lo que considero son acciones de los Estados, y no de las OIs. Sobre el valor de los actos de OIs, véase, por ejemplo, MENDELSON, 1998, pp. 200–201.

<sup>149</sup> Véase Comisión de Derecho Internacional, *Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/682 (27 de marzo de 2015), párrafo 71 (“hay que distinguir entre la práctica de los Estados en el marco de las organizaciones internacionales como tales. Aunque puede que esto no siempre sea fácil de hacer (en particular cuando el órgano competente de una organización está integrado por Estados) y la doctrina suele ser poco clara al respecto, en principio la práctica de las organizaciones internacionales, como personas jurídicas internacionales separadas, no debe asimilarse a la de los propios Estados (de los “representantes de los miembros, es decir, de personas delegadas por sus respectivos gobiernos, de los cuales reciben instrucciones y cuya responsabilidad generan”) . El presente informe, al igual que el segundo, parte de la base de que, cuando resulta pertinente, la práctica de los Estados en el marco de las organizaciones internacionales debe atribuirse a los propios Estados”. Véase también ALVAREZ, 2006, pp. 592–594; MENDELSON, 1998, pp. 201–202; SHAW, 2003, pp. 78–79.

<sup>150</sup> Véase SABEL, 2006, pp. 42–44.

<sup>151</sup> Sobre el valor de las omisiones como “práctica estatal”, véase Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 42 (“abstenerse de actuar, algo que también se conoce como “práctica negativa de los Estados”, también puede considerarse práctica. Es

aquellos casos en que fueron adoptadas por voto mayoritario, su adopción refleja que un número sustancial de Estados actuaron en favor de su existencia. En otras palabras, estas reglas de procedimiento son el resultado de la conducta real de un delegado o delegada estatal que decidió levantar su mano cuando se le preguntó si la formulación de la regulación propuesta estaba de acuerdo con la voluntad política de su Estado<sup>152</sup>. Lo que está en juego es la conducta de esa delegada en el pasado, y cuál debería ser la conducta de esa delegada en el futuro, en aquellas potenciales ocasiones en que esas prerrogativas de la sociedad civil no sean respetadas en la redacción de nuevas reglas de procedimiento. Mi sugerencia es que, como resultado de este derecho consuetudinario, ella no debería levantar su mano en apoyo de esas propuestas que no garanticen los derechos de la sociedad civil; es decir, debería tomar acciones para requerir que las nuevas regulaciones estén de acuerdo con la práctica habitual en este campo<sup>153</sup>.

Para que esta “red de precedentes”<sup>154</sup> sea relevante para la identificación de una norma vinculante de derecho internacional consuetudinario, primero debe satisfacer una serie de requisitos, respecto de (i) su alcance, o generalidad, (ii) su uniformidad, o consistencia, y (iii) su duración<sup>155</sup>. En lo que sigue, consideraré cada uno de estos

---

posible que la inacción de los Estados sea central en el desarrollo y la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario, en particular cuando constituye una forma de aceptación (o se la percibe como tal)”).

<sup>152</sup> El hecho de que “la práctica de los Estados en relación con las resoluciones de los órganos de las organizaciones internacionales o que han sido adoptadas en conferencias internacionales, en particular votando a favor o en contra (o absteniéndose), y las explicaciones (de existir) vinculadas a esos actos” puede tomarse como evidencia de “práctica estatal” a los fines de la identificación de la costumbre está pacíficamente aceptado tanto en la jurisprudencia como en la bibliografía. *Íbid.*, párrafo 41(i).

<sup>153</sup> Mi interpretación es entonces distinta de la que ofrece Robbie Sabel, quien afirma que la costumbre sobre cuestiones procedimentales es meramente “*jus dispositivum*” (SABEL, 2006, p. 50). Por supuesto, esto puede ser razonable con respecto a muchas normas procedimentales, por aplicación de los principios de *lex specialis* y *lex posterioris*: si todos los Estados generalmente acuerdan respecto de un cierto procedimiento, todos esos Estados pueden acordar en contrario respecto de una situación específica (salvo que haya en juego una norma de *jus cogens*). El problema aquí es que esta norma de costumbre le daría a otros sujetos de derecho internacional ciertos derechos y, por lo tanto, la derogación de esa regla no podría tener lugar sin incluir a esos otros sujetos en la decisión de quitarles esos derechos.

<sup>154</sup> Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica c. España), 1970 I.C.J. 3 (5 de febrero), Opinión Separada del Juez Ammoun, página 329. Véase también Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 33.

<sup>155</sup> Véase, por ejemplo, Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafos 33, 52, 55; MENDELSON, 1998, p. 198



requisitos respecto de la práctica de permitir la participación de la sociedad civil en los procesos de creación de derecho internacional.

#### 1.1.1. Una práctica general

Existe amplio acuerdo en cuanto a que “para que surja o para que sea identificada una regla de costumbre internacional general, la práctica no tiene que ser unánime (universal)”<sup>156</sup>, sino que tiene que ser “extendida”<sup>157</sup> o “amplia”<sup>158</sup>. Si este es el caso, como explica Maurice Mendelson, la regla “es obligatoria para todos los Estados (con excepción de los ‘objetores persistentes’...) sin que sea necesario mostrar que el Estado particular supuestamente regido por la regla haya participado en su formación o aplicación, o que la haya aceptado de otro modo”<sup>159</sup>.

El requisito de la generalidad no parece ser problemático en el caso del derecho de la sociedad civil a participar en la creación de derecho internacional, dado que las reglas de procedimiento estudiadas en la sección anterior son todas universales por naturaleza, y ningún Estado objetó los derechos contenidos en ellas. En el caso de *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia presentó un razonamiento similar, al entender “la participación casi universal de los Estados en (...) ciertas resoluciones de las Naciones Unidas como una práctica suficientemente extendida”<sup>160</sup>.

En la bibliografía no hay abundantes ejemplos de reglas procedimentales consuetudinarias que sean transversales a diversos foros institucionales<sup>161</sup>. Por el

---

<sup>156</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood*, Relator Especial, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 52.

<sup>157</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar Egeo* (Grecia v. Turquía), 1978 I.C.J. 32 (19 de diciembre), párrafo 74. Véase también MENDELSON, 1998, p. 219.

<sup>158</sup> Véase Corte Internacional de Justicia, *Cuestiones Relativas a la Delimitación Marítima y Territorial* (Catar c. Baréin), 1995 I.C.J. 6 (15 de febrero), párrafo 205 (refiriéndose a “una práctica generalizada [y uniforme]”), Corte Internacional de Justicia, *Delimitación de la Frontera Marítima en el Área del Golfo de Maine* (Canadá c. Estados Unidos de América), 1984 I.C.J. 246, párrafo 111 (refiriéndose a “una práctica suficientemente extensa y convincente”); Corte Internacional de Justicia, *Jurisdicción de Pesquerías* (Reino Unido c. Islandia), 1974 I.C.J. 3 (18 de diciembre), Opinión Separada de los Jueces Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh y Ruda, pp. 45 y 51 (refiriéndose a práctica estatal “suficientemente extensa” y “suficientemente general y uniforme”) y Opinión Disidente del Juez Petrán, p. 161 (refiriéndose a la necesidad de un número “suficientemente grande” de Estados).

<sup>159</sup> MENDELSON, 1998, p. 218.

<sup>160</sup> MENDELSON, 1998, p. 221.

<sup>161</sup> Robbie Sabel es una excepción clara. Véase, por ejemplo, SABEL, 2006, p. 51. De acuerdo con Sabel, “la ausencia de autoridad de apoyo puede deberse a la naturaleza axiomática de la regla propuesta y de la

contrario, las discusiones suelen limitarse al potencial surgimiento de reglas consuetudinarias dentro de una misma organización internacional<sup>162</sup>. No obstante, nada en la estructura tradicional de la costumbre internacional impide que una regla transversal de tal tipo pueda surgir. Como afirma Sabel, “si los Estados adoptan ciertos procedimientos en las conferencias consistentemente durante un período de tiempo, podría sostenerse que en esos casos es el comportamiento de los Estados en la conferencia con sus pronunciamientos y sus votos lo que constituye la práctica de los Estados” a los fines del desarrollo de la costumbre<sup>163</sup>. Si la práctica es coincidente en todas estas conferencias, entonces la regla de costumbre será aplicable a todas ellas también.

### 1.1.2. Una práctica uniforme

La Corte Internacional de Justicia ha considerado que para que surja una norma de derecho internacional consuetudinario, la práctica debe ser “virtualmente uniforme”<sup>164</sup> o, lo que es lo mismo, debe haber un “uso constante y uniforme”<sup>165</sup>. No obstante, a lo largo de su jurisprudencia, el tribunal limitó el alcance de este estándar exigente, en dos aspectos. Primero, *cuantitativamente*<sup>166</sup>, la Corte clarificó que “no es de esperarse que en la práctica de los Estados la aplicación de las reglas en cuestión haya sido perfecta”<sup>167</sup>, y

---

falta de interés que los abogados internacionales han mostrado en las reglas de procedimiento de conferencias internacionales” (SABEL, 2006, p. 50).

<sup>162</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/682 (27 de marzo de 2015), párrafo 72 (“también debe distinguirse entre el comportamiento de la organización que tiene que ver con su funcionamiento interno (a menudo denominado “práctica de la organización” o “práctica establecida de la organización”, véanse las definiciones de “reglas de la organización” en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986 y en los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales de 2011) y el comportamiento de la organización en sus relaciones con los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades (práctica externa). Aunque el primero puede, en determinadas circunstancias, dar lugar a “una especie de derecho consuetudinario de la organización, creado por esta última y aplicable solo a ella”<sup>172</sup>, en principio es el segundo el que puede ser pertinente para la formación y determinación del derecho internacional consuetudinario”). Véase también ALVAREZ, 2006, pp. 128–129.

<sup>163</sup> SABEL, 2006, p. 41.

<sup>164</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero), párrafo 74.

<sup>165</sup> Corte Internacional de Justicia, *Derecho de Asilo* (Colombia c. Perú), 1950 I.C.J. 266 (20 de noviembre), páginas 276-277.

<sup>166</sup> La idea de que “hay un requisito cuantitativo para la formación de reglas de costumbre” es reconocida, por ejemplo, por MENDELSON, 1998, p. 207.

<sup>167</sup> Corte Internacional de Justicia, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), 1986 I.C.J. 14 (27 de junio), párrafo 186. Hilary Charlesworth writes that “la fuerza de este pasaje reside en su contraste entre un estándar de consistencia perfecta de la práctica estatal y una alternativa más razonable. De hecho, ‘una conformidad absolutamente rigurosa’ de la práctica

que “no se le debe otorgar demasiada importancia a las pocas incertidumbres o contradicciones, reales o aparentes”<sup>168</sup> que puedan ser descubiertas<sup>169</sup>. Por lo tanto, como concluye el Relator Especial Wood, al considerar el surgimiento de una regla de costumbre, la uniformidad cuantitativa debe ser tomada en cuenta, pero “alguna inconsistencia no es fatal”<sup>170</sup>. Segundo, la Corte también clarificó el análisis *cualitativo* que debe realizarse respecto de esas inconsistencias que se encuentren. En el caso de *Nicaragua*, la Corte afirmó que para que exista costumbre, “aquellas instancias de conducta estatal inconsistente con una cierta regla deben haber sido tratadas generalmente como violaciones de esa regla, y no como indicaciones del reconocimiento de una nueva regla”<sup>171</sup>. Como explica Mendelson, esto puede sonar como una relajación del estándar, pero es en realidad una conclusión lógica: “todos los sistemas jurídicos saben de desviaciones del derecho, pero las desviaciones no cambian en sí el derecho. Esto es cierto incluso del derecho consuetudinario, si los actos en cuestión no son llevados a cabo bajo un argumento jurídico, expreso o tácito”<sup>172</sup>. En otras palabras, así como la existencia de asesinos no pone en dudas la penalización de los asesinatos, la existencia de instancias en las que los Estados no cumplen con una cierta práctica no limita la validez de la regla consuetudinaria – a menos que los Estados explícita o tácitamente sugieran que no están obligados por ese uso.

En el caso de la práctica de los Estados respecto de la participación de la sociedad civil en la creación de derecho internacional, el estudio ha mostrado resultados concluyentes, al menos en términos *cuantitativos*, respecto de la mayor parte de las

---

estatal nunca ha sido exigida en derecho internacional, y el razonamiento de la Corte parece más como un elemento polémico para permitirle a la Corte proponer un estándar considerablemente menos exigente en contraste” (CHARLESWORTH, 1987, p. 22).

<sup>168</sup> Corte Internacional de Justicia, *Pesquerías* (Reino Unido c. Noruega), 1951 I.C.J. 116 (18 de diciembre), página. 138.

<sup>169</sup> De hecho, cuando la Corte rechazó la emergencia de una regla, no lo hizo porque había algunas inconsistencias, sino porque “los hechos traídos al conocimiento de la Corte muestran tanta incertidumbre y contradicción, tanta fluctuación y discrepancia (...) que no es posible discernir en ella algún uso constante y uniforme” (Corte Internacional de Justicia, *Derecho de Asilo* (Colombia c. Perú), 1950 I.C.J. 266 (20 de noviembre), páginas 276-277).

<sup>170</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood*, Relator Especial, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 57.

<sup>171</sup> Corte Internacional de Justicia, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), 1986 I.C.J. 14 (27 de junio), párrafo 186.

<sup>172</sup> MENDELSON, 1998, p. 214.

prerrogativas que he sugerido deberían ser incluidas en el derecho. Primero, respecto del acceso, casi un 90% de los foros permiten cierta participación de la sociedad civil, y un 82% proveen algún tipo de procedimiento de admisión. Segundo, respecto de las garantías, todos los foros que dan algún tipo de acceso también les permiten a las organizaciones acceder a las instalaciones y -al menos- a las reuniones plenarias, y casi un 90% también incluyen cláusulas relativas al acceso a los documentos. El resultado atípico es, como sugerí, el del acceso al financiamiento, que solo está previsto en el 14% de los foros. Este número está claramente debajo del estándar establecido por la Corte Internacional de Justicia y, por lo tanto, no se puede decir que exista “práctica consistente” en este asunto. Finalmente, respecto del derecho a tener una voz en el procedimiento, un 84% de los foros permiten que la sociedad civil realice pronunciamientos orales, y otro 79% les da el derecho de realizar pronunciamientos escritos. Estos números, como es evidente, muestran que efectivamente hay inconsistencias -un rango de entre 10% y 20%-, pero estas pueden ser catalogadas dentro del margen *cuantitativo* de “pocas” inconsistencias permitido por el estándar establecido por la Corte Internacional de Justicia<sup>173</sup>.

El análisis *cualitativo* de estas escasas inconsistencias es, obviamente, mucho más complejo y controvertido. No obstante, un par de cosas deben ser mencionadas. Primero, como sostuve en la sección anterior, la mayor parte de los foros que no proveen acceso formal para organizaciones de la sociedad civil -tales como la Asamblea General de Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad- sí proveen algún tipo de acceso informal, sugiriendo que los Estados no evitan la participación ciudadana “como una cuestión jurídica” sino más bien como resultado de otras consideraciones<sup>174</sup>. Segundo, en la mayor parte de los casos en que se niega el acceso, ello no se debe a que se hayan aprobado nuevas regulaciones restringiendo esos derechos, sino más bien a que todavía persisten viejas regulaciones que no han sido reformadas aún. El estándar establecido por la CIJ es que esas inconsistencias no deben ser vistas “como indicaciones del reconocimiento de una nueva regla”<sup>175</sup>, y en este caso la tendencia va exactamente sentido opuesto: la

---

<sup>173</sup> Corte Internacional de Justicia, *Pesquerías* (Reino Unido c. Noruega), 1951 I.C.J. 116 (18 de diciembre), página 138.

<sup>174</sup> MENDELSON, 1998, p. 214.

<sup>175</sup> Corte Internacional de Justicia, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), 1986 I.C.J. 14 (27 de junio), párrafo 186.

participación es creciente más que decreciente, evidenciando que las inconsistencias se pueden entender más como un proceso de reforma que como instancias de creación de una nueva regla restrictiva. Finalmente, se debe dar consideración a las tímidas reacciones de la comunidad internacional a las inconsistencias en estas reglas. Han existido, ciertamente, propuestas de Estados para reformar algunas de estas normas de modo tal de expandir la participación<sup>176</sup>, y ha habido protestas de otros miembros de la comunidad internacional -tales como las propias ONGs<sup>177</sup> o funcionarios importantes de organizaciones internacionales, incluyendo al Secretario General de las Naciones Unidas<sup>178</sup>- en instancias en las cuales estos derechos fueron denegados. Más aún, estas

---

<sup>176</sup> Véase, por ejemplo, respecto de las resoluciones de la Asamblea General, WILLETTTS, 2011, p. 57.

<sup>177</sup> Como en el caso del TPP: véase el comienzo del capítulo 1.

<sup>178</sup> Declaraciones del Secretario General en la apertura de la 66va conferencia DPI/ONG, disponibles en <http://www.un.org/sg/statements/index.asp?nid=9755> (“Hace cuatro días, en el Foro Jeju para la Paz y la Prosperidad, denuncié la reducción del espacio democrático e insté a proteger la libertad de las organizaciones de la sociedad civil y de los defensores de derechos humanos. Desafortunadamente esa libertad está bajo amenaza, incluyendo en el último lugar en que ello debería ocurrir: en las Naciones Unidas. Estoy profundamente decepcionado de que los Estados Miembros en el Comité de ONGs del ECOSOC le hayan negado recientemente al Comité para la Protección de Periodistas el estatus consultivo. También me opuse a la exclusión de organizaciones LGBT de la próxima reunión de alto nivel para terminar con el SIDA. Estas ONGs son cercanas a comunidades afectadas por la epidemia y deben ser parte de la respuesta. Convoco a los Estados Miembros a dejar de restringir el involucramiento de las ONGs. Las Naciones Unidas deberían tener una gran carpa bajo la cual cualquiera pueda tener [inaudible] y libertad de movimiento. Esta es la aproximación que buscamos para forjar la Agenda 2030 para el Desarrollo Sustentable y el Acuerdo de París sobre cambio climático. Y las ONGs son cruciales para su éxito”). Véase también Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comunicado de prensa sobre la flagelación en Irán, las injustas restricciones en el acceso de las ONG a las Naciones Unidas y las ejecuciones en Gaza, disponible en <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20037&LangID=S>, (“Quisiéramos sumar nuestra voz a muchas otras –entre ellas, la del Secretario General- que han expresado su preocupación en relación con la decisión adoptada la semana pasada por la mayoría de los 19 Estados Miembros del Comité de las ONG del ECOSOC, por la que se denegó al Comité para la Protección de los Periodistas (CPJ, por sus siglas en inglés) el reconocimiento como entidad consultiva. Creemos que la decisión de no permitir que tan acreditada ONG participe en las reuniones de las Naciones Unidas, incluidas las del Consejo de Derechos Humanos aquí en Ginebra, además de ser imprudente, injusta y arbitraria, es diametralmente opuesta a otras iniciativas adoptadas por los Estados Miembros de las Naciones Unidas, encaminadas a proteger mejor a los periodistas en el mundo entero. El CPJ es una voz fundamental y respetada en cuestiones relativas a la protección de los periodistas y la libertad de prensa, y las estadísticas que compila sobre asesinatos, ataques y encarcelaciones de periodistas en todo el mundo están consideradas entre las más fiables de todas las disponibles. De hecho, los votos de tan solo diez Estados lograron que la opinión y las importantes investigaciones que el CPJ lleva a cabo sigan excluidas de todos los debates y procesos pertinentes de las Naciones Unidas. De los 19 Estados que componen el Comité de las ONG, seis votaron a favor de otorgar al CPJ el reconocimiento como entidad consultiva que claramente merece y otros tres se abstuvieron. La votación se efectuó después de que la solicitud del CPJ, presentada inicialmente en 2012, hubiera sido aplazada siete veces por el Comité. Como señala el Alto Comisionado en un informe recién publicado y que se presentará oficialmente al Consejo de Derechos Humanos el 20 de junio\*, el aplazamiento, a menudo durante largos años, de un gran número de solicitudes de ONG que aspiran a ser reconocidas como entidades consultivas, por motivos al parecer arbitrarios, ha privado al debate internacional de importantes contribuciones de la sociedad civil. También tenemos graves preocupaciones acerca de la reciente negativa de los Estados Miembros a autorizar a 11 organizaciones de la sociedad civil

protestas relativamente menores respecto de las desviaciones deben ser ponderadas considerando que la regla de costumbre puede haber surgido recientemente, y que los diplomáticos pueden recién ahora estar internalizando la reacción instintiva a estas violaciones.

Finalmente, es importante recordar, a esta altura, que una de las limitaciones de mi estudio es que solamente analiza las instancias más formales de la práctica -es decir, las reglas de procedimiento de cada uno de estos foros- y no la práctica cotidiana de las decisiones del día a día de cada espacio. Por lo tanto, mi estudio podría no captar inconsistencias más importantes de la práctica, que no se reflejan en las reglas de procedimiento. Aunque esto ciertamente puede limitar mis conclusiones finales, creo que mis resultados pueden ser, de todos modos, suficientemente convincentes, por dos razones. Primero, como notó el Relator Especial Wood, al momento de analizar la práctica de los Estados, “el cuidado con el que se realiza un pronunciamiento es un factor relevante; debe darse menos significación a afirmaciones improvisadas, realizadas en el calor del momento”<sup>179</sup>. Por lo tanto, las reglas de procedimiento -cuidadosamente redactadas- pueden tener mayor significación que ciertas decisiones o pronunciamientos tomados en el día a día de las negociaciones. Y, segundo, si los Estados negaran estos derechos en la práctica, pero aun así votaran por reglas que los sostuvieran, la situación sería análoga a aquella estudiada por la CIJ en el caso *Nicaragua* respecto de la prohibición del uso de la fuerza: la Corte allí encontró que, aunque los Estados violaron esta prohibición en la práctica, el hecho de que la defendieran retóricamente impedía que la regla fuera derogada<sup>180</sup>. Lo mismo podría decirse aquí, si este fuera el caso.

---

que representan al colectivo LGBTI y a otras comunidades marginadas, para que asistan a la próxima Reunión de Alto Nivel para poner fin al SIDA, que tendrá lugar en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York”).

<sup>179</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood*, Relator Especial, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 29.

<sup>180</sup> Véase Corte Internacional de Justicia, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), 1986 I.C.J. 14 (27 de junio), párrafo 186. Frederic Kirigs se ha referido a esta aproximación como una “escala móvil” (*sliding scale*): KIRGIS, 1987.

### 1.1.3. Una práctica duradera

El último requisito para que una práctica sea relevante a los fines del desarrollo de una norma consuetudinaria es que esta debe tener una cierta duración<sup>181</sup>. No obstante, la Corte Internacional de Justicia explicó en los casos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte* que no es necesario que transcurra un período determinado de tiempo: “el pasaje de un período corto de tiempo no es necesariamente, en sí mismo, un límite al surgimiento de una nueva regla de derecho internacional consuetudinario”<sup>182</sup>. En esos casos, la Corte encontró que una convención firmada en 1958 podía haberse tornado consuetudinaria en 1969, es decir, luego de que hubieran transcurrido once años.

En este caso, como he mencionado, hay precedentes de participación de la sociedad civil de las décadas del setenta y ochenta, pero la verdadera “revolución participativa”<sup>183</sup> comenzó en 1992, luego de la masiva Cumbre de la Tierra de Río<sup>184</sup>. El estudio ha mostrado entonces que, por más de veinticinco años, la práctica de los Estados ha sido la de permitir crecientemente el acceso y la voz de la sociedad civil de aquellas organizaciones que quieren participar en el proceso de creación de derecho internacional. Este plazo parece satisfacer los estándares establecidos por la CIJ para el surgimiento de una norma consuetudinaria.

## **1.2. Aceptada como derecho**

Para que la práctica estudiada en la sección anterior se transforme en una norma vinculante de costumbre internacional, esta debe ser “aceptada como derecho”<sup>185</sup> por los

---

<sup>181</sup> “En la naturaleza de las cosas, algún tiempo debe transcurrir normalmente para que una práctica madure y se convierta en una regla” (ILA, 2000, p. 20); “frecuentemente transcurre algún tiempo antes de que una práctica se vuelva habitual entre los Estados. Puede no tomar siglos, pero no ocurre de la noche a la mañana” (MENDELSON, 1998, p. 210); para la posición opuesta, defendiendo la idea de una “costumbre instantánea”, véase, clásicamente, CHENG, 1965.

<sup>182</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero), párrafo 74.

<sup>183</sup> RAUSTIALA, 1997.

<sup>184</sup> Véase la sección I.1.3 del capítulo 4.

<sup>185</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 68.

Estados que la llevan a cabo<sup>186</sup>. Este es el llamado “elemento subjetivo”<sup>187</sup> de la costumbre, también conocido como *opinio juris*<sup>188</sup>.

En la mayor parte de los casos, determinar la posición oficial de los Estados respecto de la naturaleza jurídica de una cierta práctica puede ser una tarea difícil<sup>189</sup>. El desafío crucial parece consistir en distinguir aquellas acciones que son realizadas en función de una sensación de obligación de “otras consideraciones extrajurídicas que un Estado pueda tener respecto de la práctica en cuestión”<sup>190</sup>, tales como “cortesía, buena vecindad, u oportunidad política”<sup>191</sup> o razones de “conveniencia o tradición”<sup>192</sup>. Para este propósito, como nota Tullio Treves, “son particularmente importantes aquellas manifestaciones de la práctica que van contra los intereses del Estado de parte del cual provienen, o que significan para este costos significativos en términos políticos, militares, económicos, o de otro tipo, dado que es menos probable que reflejen razones de oportunidad política, cortesía, etcétera”<sup>193</sup>.

La situación respecto de los derechos reconocidos a la sociedad civil en el proceso de creación de derecho internacional probablemente pueda ser categorizada dentro de esta última descripción. Permitir la participación de organizaciones de ciudadanas y ciudadanos en el proceso de creación de derecho restringe uno de los privilegios más esenciales y fundamentales que tienen los Estados, desde tiempos inmemoriales, en

---

<sup>186</sup> Pese a que la presunción tradicional de que lo que importa es exclusivamente la opinión de los Estados, esta idea ha sido desafiada ya desde 1925, por autores de la talla de Hersch Lauterpacht: “no hay razón para restringir estos eventos históricos a aquellos en los cuales hay evidencia de actos de estadistas, o documentos escritos; la convicción jurídica y la sensación de derecho de las masas de personas es un hecho histórico que no tiene menor fuerza” (LAUTERPACHT, 1925, p. 318)

<sup>187</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 68.

<sup>188</sup> *Ibid.*, párrafo 68.

<sup>189</sup> *Ibid.*, párrafo 66.

<sup>190</sup> *Ibid.*, párrafo 61.

<sup>191</sup> Corte Internacional de Justicia, *Derecho de Asilo* (Colombia c. Perú), 1950 I.C.J. 266 (20 de noviembre), páginas 285-26. Véase Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 61.

<sup>192</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero), párrafo 77.

<sup>193</sup> TREVES, 2006, párr. 30. Véase Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 29.



derecho internacional, que es el control exclusivo del proceso de creación de derecho<sup>194</sup>. La decisión de progresivamente ceder este control, y de consistentemente permitir la participación de otros sujetos en el proceso, difícilmente pueda ser entendida como una cuestión de mera educación o cortesía. Como ocurrió anteriormente con el desarrollo de los derechos humanos, los Estados parecen haber entendido -contra su voluntad- que la legitimidad de sus acciones requería un recorte de sus propias prerrogativas; en este caso, que un proceso de creación de derecho internacional exclusivo ya no era tolerado, y que la sociedad civil debía ser considerada un participante “esencial”<sup>195</sup> en el proceso.

La evidencia de este “convencimiento en el respeto debido a (...) esta práctica establecida” puede ser rastreado, en este caso, a dos tipos de instrumentos: primero (i), las propias reglas de procedimiento, y luego (ii) otros documentos en los que los Estados reconocen el rol indispensable asumido por estas organizaciones en los procesos de creación de derecho internacional. En lo que sigue, estudiaré esta evidencia, y luego (iii) consideraré el valor jurídico de algunos descargos de responsabilidad incluidos por los Estados en un número limitado de reglas de procedimiento.

#### 1.2.1. Las propias reglas de procedimiento como evidencia de la creencia

La posición predominante en la bibliografía especializada es la que sostiene que los elementos subjetivo y objetivo de la costumbre deben siempre ser distinguibles<sup>196</sup>. No obstante, la CIJ se ha referido a “una práctica ilustrativa de una creencia”<sup>197</sup>, y el Relator Especial Wood ha reconocido que “cierta práctica puede (...) en sí misma ser evidencia

---

<sup>194</sup> De acuerdo con la concepción tradicional, como explicó seminalmente la Corte Permanente de Justicia Internacional, el derecho de concluir acuerdos internacionales es un atributo de la soberanía estatal” (Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso del S.S. Wimbledon* P.C.I.J., Series A, No. 1 (1923), p. 25) y las reglas de derecho internacional son vinculantes para los Estados solamente cuando estas “emanan de su propia voluntad” (Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso del S.S. Lotus*, P.C.I.J. Ser. A, No. 10 (1927), p. 18). Por lo tanto, al menos antes de la potencial emergencia del derecho estudiado en esta tesis, la creación de reglas internacionales era un proceso que quedaba en el *domain réservé* de los Estados. Como explica Robert McCorquodale, “esta aproximación significa que las varias actividades de los actores no estatales en el sistema jurídico internacional son vistas como completamente determinadas por los Estados y enteramente dependientes del consentimiento de los Estados (MCCORQUODALE, 2004, p. 479).

<sup>195</sup> Consejo de Derechos Humanos, Resolución 27/31, *El espacio de la sociedad civil* (23 de septiembre de 2014), U.N. Doc. A/HRC/27/L.24, párrafo 12.

<sup>196</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 74. Hay algunas miradas divergentes: Mendelson sostiene que la práctica estatal sola puede ser suficiente (MENDELSON, 1998, Capítulo III) y Cheng sugiere que la *opinio juris* puede ser suficiente (CHENG, 1965).

<sup>197</sup> Corte Internacional de Justicia, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), 1986 I.C.J. 14 (27 de junio), párrafo 206.

de *opinio juris*, o, en otras palabras, ser relevante tanto para establecer la práctica necesaria como su ‘aceptación como derecho’<sup>198</sup>. Este es especialmente el caso cuando la práctica es muy común. Pese a que “la frecuencia, o incluso el carácter habitual de los actos no es en sí suficiente”<sup>199</sup> para constituir una norma consuetudinaria y pese a que estas acciones recurrentes “no corporizan tal aceptación en sí mismas”<sup>200</sup>, es lógico que la continua repetición de una cierta práctica “pueda en efecto dar lugar a la aceptación de la práctica como derecho”<sup>201</sup>.

Como escribe Robbie Sabel, “el hecho de que los Estados (...) tiendan a ser conservadores en su comportamiento y a seguir precedentes y patrones previos de conducta no tiene, en sí mismo, significación jurídica en derecho internacional. No obstante, las delegaciones en las reuniones internacionales asumen en ocasiones que están obligadas a seguir la práctica anterior”<sup>202</sup>. Entonces, si este es el caso, si las y los delegados sienten efectivamente que están obligados a seguir esta práctica, entonces una regla consuetudinaria ha surgido. En el caso de las reglas de procedimiento que regulan el rol de la sociedad civil en la creación de derecho internacional, el hecho de que, por más de veinticinco años, los Estados hayan adoptado reglas de procedimiento que permiten la participación de estas organizaciones puede ser entendido, quizás, como suficiente evidencia de su convencimiento de que estaban obligados a hacerlo.

#### 1.2.2. Otros pronunciamientos de los Estados respecto de la participación de la sociedad civil en la creación de derecho internacional

Más allá de las reglas de procedimiento analizadas en este estudio los Estados han sugerido, en otros contextos, que creen que la participación de la sociedad civil en la

---

<sup>198</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 70. Michael Akehurst ha sostenido que “es artificial tratar de distinguir entre lo que hace y dice un Estado” (AKEHURST, 1975, p. 3)

<sup>199</sup> Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero), párrafo 77. Los Estados pueden enviar repetidamente cartas de condolencias cuando mueren los jefes y jefas de Estado, pero nadie dudaría que esta práctica está basada en las buenas costumbres, y no en una obligación (véase MENDELSON, 1998, pp. 245–246).

<sup>200</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014), párrafo 73.

<sup>201</sup> *Ibid.*, párrafo 73.

<sup>202</sup> SABEL, 2006, p. 43.

creación del derecho internacional no solo es deseable, sino que es además indispensable para dotar de legitimidad a los procedimientos.

En 1986, 146 Estados<sup>203</sup> votaron en la Asamblea General una resolución explícitamente reconociendo que “los Estados deberían impulsar la participación popular *en todas las esferas* como un factor importante para el desarrollo y la completa realización de todos los derechos humanos”<sup>204</sup>. En 1999, la Asamblea General adoptó una resolución por consenso reconociendo que “todo el mundo tiene el derecho, individualmente y en asociación con otros, de promover y luchar por la protección y realización de los derechos humanos y libertades fundamentales a nivel nacional *e internacional*”<sup>205</sup>. Luego, en 2005, en una reunión de la Comunidad de Democracias, 62 Estados<sup>206</sup> proclamaron un compromiso de “incrementar la participación de una sociedad civil dinámica a nivel nacional e internacional”<sup>207</sup> y de “promover el desarrollo y el diálogo a nivel internacional para apoyar la democracia en foros regionales e internacionales”<sup>208</sup>. En 2011, el Consejo de Derechos Humanos adoptó una resolución, con 29 votos a favor, en la cual reafirmó “la promoción y consolidación de instituciones internacionales transparentes, democráticas, justas y que rindan cuentas, en todas las áreas de cooperación, en particular a través de la implementación del principio de participación completa e igualitaria en sus respectivos mecanismos de toma de decisiones”<sup>209</sup> y “el derecho a la participación igualitaria de todos, sin ninguna discriminación, en los procesos nacionales y globales de

---

<sup>203</sup> El único Estado que votó negativamente fueron los Estados Unidos de América. Hubo también 8 abstenciones. El registro completo de los votos de la resolución está disponible en el sitio de la Asamblea General de las Naciones Unidas: <http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?profile=voting&index=.VM&term=ares41128>.

<sup>204</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, Res. A.G. 41/128 (4 de diciembre de 1986), U.N. Doc. A/RES/41/128, artículo 8.2 (énfasis añadido).

<sup>205</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, Res. A.G. 53/144 (8 de marzo de 1999), U.N. Doc. A/RES/53/144, artículo 1 (énfasis añadido). Esto incluye, en ambos niveles, entre otros, el derecho de reunión y asamblea pacífica, el derecho de formar, unirse y participar en organizaciones no gubernamentales, y el derecho de comunicarse con organizaciones no gubernamentales o intergubernamentales (véase el artículo 5). Véase también LINDBLOM, 2006, pp. 152–154.

<sup>206</sup> La lista de participantes está disponible en <http://ccd21.org/Conferences/santiago/attendees.htm>.

<sup>207</sup> Comunidad de Democracias, Compromiso Ministerial de Santiago del año 2005, *Cooperando para la Democracia* (30 de abril de 2005), párrafo §I.

<sup>208</sup> *Ibid.*, párrafo §I.3.

<sup>209</sup> Consejo de Derechos Humanos, Resolución 18/6, *Promoción de un orden internacional democrático y equitativo* (13 de octubre de 2011), U. N. Doc. A/HRC/RES/18/6, párrafo 6.g.

toma de decisiones”<sup>210</sup>. Finalmente, en 2014, el Consejo de Derechos Humanos adoptó una resolución por consenso, pero apoyada por 53 Estados, enfatizando “*el rol esencial de la sociedad civil* en las organizaciones subregionales, regionales e internacionales, incluyendo en apoyo del trabajo de las organizaciones, y en compartir experiencia y conocimiento a través de la efectiva participación en reuniones”<sup>211</sup> y reafirmando “el derecho de todos, individualmente y en asociación con otros, al acceso sin restricciones y a la comunicación con órganos subregionales, regionales e internacionales, y en particular con las Naciones Unidas, sus representantes y mecanismos”<sup>212</sup>.

Estos pronunciamientos, sumados a la práctica recabada en el estudio, pueden ser entendidos como evidencia suficiente del surgimiento de una regla consuetudinaria respecto de la participación de la sociedad civil en la creación de derecho internacional.

### 1.2.3. Un análisis de los descargos de responsabilidad incluidos en algunas reglas de procedimiento

Finalmente, se debe considerar la importancia de algunos “descargos de responsabilidad” incluidos en algunas reglas de procedimiento. En estos descargos, los Estados buscan evitar el potencial establecimiento de un precedente en relación a las posibilidades de participación de la sociedad civil en la creación de derecho internacional, tal como el que estamos considerando aquí. Se pueden decir dos cosas al respecto. La primera es que la aparición de estos descargos muestra en sí misma que los Estados consideran que, a menos que lo anuncien específicamente, la práctica puede llegar dar lugar al surgimiento de una norma consuetudinaria. Esto reafirma el análisis presentado en las dos secciones anteriores para aquellos casos en que los Estados no realizaron descargo alguno. Después, la segunda cuestión a notar es el escaso número de reglas de procedimiento en las cuales aparecen estos descargos. Pese a que deben ser tomados en serio, su relevancia respecto del desarrollo de una regla de costumbre está limitada por su excepcionalidad.

---

<sup>210</sup> *Íbid.*, párrafo 6.h.

<sup>211</sup> Consejo de Derechos Humanos, Resolución 27/31, *El espacio de la sociedad civil* (23 de septiembre de 2014), U.N. Doc. A/HRC/27/L.24, párrafo 12 (énfasis añadido).

<sup>212</sup> *Íbid.*

## 2. UN ANÁLISIS ALTERNATIVO: UN DERECHO “PROGRAMÁTICO”

En las dos secciones anteriores, estudié las reglas de procedimiento adoptadas por los Estados y los estándares reconocidos por la comunidad internacional respecto de la costumbre, y traté de argumentar que hay suficientes razones, tanto como cuestión de hecho como de derecho, para sostener que ha surgido una regla de costumbre. Esta norma de derecho internacional consuetudinario establecería una obligación de los Estados de permitir la participación de la sociedad civil en la creación de derecho internacional. Esto, en tanto, sería entendido como la combinación de tres prerrogativas bastante específicas: un derecho general de acceso (incluyendo la disponibilidad de algún procedimiento de admisión), ciertas garantías protegiendo sus actividades (acceso a las instalaciones, reuniones y documentos), y la oportunidad de tener una voz en los procedimientos (incluyendo la posibilidad de realizar presentaciones escritas y orales).

No obstante, hay otro análisis posible de estos precedentes. Robert Kolb sostiene que “la costumbre es una construcción jurídica e intelectual, desarrollada a través de un complejo proceso de razonamiento analógico que reduce una serie de hechos y acciones no conectadas a una unidad ‘artificial’”<sup>213</sup>. En este proceso de derivar normas de hechos, “no hay reglas respecto del nivel de abstracción o concretitud”<sup>214</sup> que debe ser adoptado y, por lo tanto, nuestra intérprete debe “preguntarse a sí misma qué nivel de generalidad desea obtener a través de la inducción”<sup>215</sup>. Obviamente, “es mucho más fácil establecer una regla consuetudinaria si uno está preparado para formular tal regla en un nivel de abstracción muy alto”<sup>216</sup>. Si, por el contrario, “la intérprete desea formular una regla más específica, ella puede encontrar que en el mismo asunto no hay costumbre, dado que las prácticas en este nivel son demasiado dispares”<sup>217</sup>.

En las secciones anteriores, opté por esta última opción: traté de probar el surgimiento de normas específicas de costumbre internacional respecto de los derechos de las organizaciones de la sociedad civil en el proceso de creación de derecho

---

<sup>213</sup> KOLB, 2003, p. 131.

<sup>214</sup> KOLB, 2003, p. 133.

<sup>215</sup> KOLB, 2003, p. 131.

<sup>216</sup> KOLB, 2003, p. 130.

<sup>217</sup> KOLB, 2003, p. 130.

internacional. Pero también se podría optar por la otra opción, elevando el nivel de generalidad de la norma.

Una opción para hacer esto consiste en argumentar que hay al menos un derecho “programático” participación de la sociedad civil, es decir, uno que “responde a un ideal compartido que debe ser realizado progresivamente en diversos contextos a través de la invención y la planificación”<sup>218</sup>. Como vimos en el capítulo anterior, Henry Steiner sugiere que el derecho “a participar en la dirección de los asuntos públicos” del artículo 25(a) del PIDCyP<sup>219</sup> -que establece una regla coincidente con esta regla de costumbre- puede ser entendido de este modo. De acuerdo con él, pese a que esta caracterización significaría que una prerrogativa específica no podría ser demandada inmediatamente de los Estados, el derecho se sostendría “como una invitación a los excluidos y reprimidos a apoyarse en él”<sup>220</sup>, reteniendo así “su potencial subversivo”<sup>221</sup>. Si el derecho consuetudinario que defendí en este capítulo fuera entendido de este modo<sup>222</sup>, entonces quizás las organizaciones no podrían apoyarse en las prerrogativas puntuales que describí en la sección anterior, pero sí podrían demandar que todos los procesos de creación de derecho internacional sean progresivamente adaptados para permitir mayor participación popular<sup>223</sup>. Esto es, cierto, una conclusión algo más modesta que aquella que sostiene las prerrogativas puntuales de acceso, garantías y voz. Pero, en los términos del propio Steiner, es aún bastante “subversiva”<sup>224</sup>.

Creo que cualquiera de estas dos alternativas puede ser válida a la hora de identificar este tipo de normas de costumbre – e, incluso, por razones que presentaré en la última

---

<sup>218</sup> STEINER, 1988, p. 130.

<sup>219</sup> PIDCyP, artículo 25(a).

<sup>220</sup> STEINER, 1988, p. 133.

<sup>221</sup> STEINER, 1988, p. 133.

<sup>222</sup> Esta idea no es completamente ajena a la bibliografía sobre el tema: véase, por ejemplo, la idea de progresividad en BRETON-LE GOFF, 2003, pp. 117–119.

<sup>223</sup> De acuerdo con Gregory Fox, por ejemplo, “los consejos escolares locales, las reuniones de pueblo”, “los grupos de activistas”, “los sindicatos, los cuerpos de oficiales de las fuerzas armadas”, y “cualquier otra institución con influencia sobre las políticas” deberían ser objeto de una expansión progresiva de espacios de participación, como resultado del artículo 25 (a) del PIDCyP: FOX, 2000, p. 555. Véase, en la misma línea, la discusión en el capítulo anterior.

<sup>224</sup> Para una idea algo similar, véase el “principio de inclusión democrática” de Susan Marks: MARKS, 2000, pp. 109–119.

parte de esta tesis<sup>225</sup>, creo que ambas son, en efecto, válidas. Como explica Kolb, y en línea con lo que sostuve en el capítulo 3, “en la formación de costumbre internacional, las percepciones sobre las necesidades sociales, intereses particulares, valores jurídicos, conveniencia o razonabilidad general, son más importantes que el aspecto objetivo tan mentado de la inducción de los precedentes”<sup>226</sup>. Por lo tanto, “uno podría decir que la costumbre no es una realidad objetiva que surge de un conjunto de hechos, sino una proyección subjetiva de entendimientos basados en valores en la medida en que estos no contradigan la práctica. El elemento de la práctica a veces sirve más como un límite al establecimiento de una regla que como su base”<sup>227</sup>.

Sea cual sea la interpretación del derecho consuetudinario, las organizaciones de la sociedad civil probablemente no tengan la oportunidad de demandarlo de un tribunal o corte internacional, dada la habitual falta de acceso a estas instancias. Su principal mecanismo para demandar la implementación de sus derechos será, en cambio, lo que podríamos llamar “el tribunal de la opinión pública global”. Frente a este “tribunal”, las diferencias técnicas entre uno y otro entendimiento del derecho -que pueden ser muy significativas, por ejemplo, frente a la Corte Internacional de Justicia- no parecen tan importantes. Lo que importa, en cambio, es la pregunta central acerca de si la comunidad internacional ha reconocido que escuchar las voces de la ciudadanía es indispensable para la legitimidad del proceso de creación de derecho internacional. En este capítulo he intentado proveer argumentos para sostener que, efectivamente, sí lo ha hecho.

---

<sup>225</sup> Véase el capítulo 8 de esta tesis.

<sup>226</sup> KOLB, 2003, p. 133.

<sup>227</sup> KOLB, 2003, p. 133. Véase, al respecto, la discusión de los capítulos 2 y 3.





## CAPÍTULO 6: EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN COMO UN PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO

En los capítulos anteriores, vimos que la mayor parte de las y los abogados internacionalistas considera que no existe un derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional<sup>1</sup>. Vimos, también, que parecería haber elementos suficientes para argumentar en favor de la existencia de tal derecho en base a fuentes convencionales (como el artículo 25(a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>2</sup>) y consuetudinarias (a partir de, por ejemplo, las prerrogativas de acceso, garantías y voz crecientemente otorgadas a las organizaciones en diversos foros de creación de derecho<sup>3</sup>).

En este capítulo quiero explorar una tercera fuente que puede tener un rol importante en esta discusión: los principios generales de derecho, en los términos del artículo 38.1.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Más puntualmente, argumentaré en favor de la existencia de un *principio de participación*<sup>4</sup>, según el cual cualquier regulación

---

<sup>1</sup> Véase la bibliografía relevada en el capítulo uno; por ejemplo: BEN-ARI, 2012, pp. 80–81, 2013, p. 93; BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 57; CHARNOVITZ, 2006b, pp. 368–372; KLEINLEIN, 2011, p. 48; MALANCZUK, 1997, pp. 97, 100; NGUYEN QUOC ET AL., 2002, p. 653; PETERS, 2009b, pp. 221–227; PETERS ET AL., 2009, p. 545; TULLY, 2007, p. 329; WOODWARD, 2010, p. 40.

<sup>2</sup> Véase el capítulo 4 de esta tesis.

<sup>3</sup> Véase el capítulo 5 de esta tesis.

<sup>4</sup> Varios autores y autoras han presentado sus propias versiones de esta idea -sin argumentar que se trata de un “principio general”, en el sentido del artículo 38.1.d del Estatuto CIJ-, aunque la redacción específica del contenido del principio es de mi propia autoría. Para referencias, véase S. CASSESE, 2004, pp. 685, 689, 694 (“el derecho administrativo global les adscribe dos derechos fundamentales a los ciudadanos, que pueden ser derivados del derecho administrativo nacional: el derecho a la participación y el derecho de defensa”; “transferir los procesos de toma de decisiones del nivel nacional al nivel global les quita a los ciudadanos y las empresas estos derechos de participación. Por lo tanto, debería haber mayor participación en la formación de la posición nacional antes de las negociaciones administrativos globales, o participación efectiva en estas negociaciones, directamente o través de organizaciones no gubernamentales, también globales”); A. VON BOGDANDY, 2004, p. 900 (“la necesidad de una federación mundial democrática se puede construir jurídicamente a partir del principio de democracia establecido en las constituciones nacionales. Si el principio es entendido como requiriendo la libre determinación individual, un déficit estructural democrático emerge en la era de la globalización (...). Contra este trasfondo, la participación en y la apertura de las instituciones democráticas globales puede superar déficits democráticos en los procesos nacionales de toma de decisiones”); C. GROSSMAN & BRADLOW, s. f., p. 23 (de acuerdo con el principio de participación, “todas las partes que sean directamente afectadas por las decisiones y las acciones tomadas, respecto de cualquier asunto, deberían poder participar en la formulación de esas decisiones”); MARKS, 2000, pp. 109–118 (el principio de inclusión democrática es un “pedido continuo para expandir las oportunidades de participación popular en los procesos políticos y para terminar prácticas sociales que sistemáticamente marginalizan a ciertos ciudadanos a la vez que empoderan a otros”).

pública debería ser establecida, en principio, a través de mecanismos que estén abiertos a la participación de la ciudadanía<sup>5</sup>. Si este principio efectivamente existiera, entonces la autoridad del derecho internacional no dependería únicamente de la “legitimidad transitiva” que los Estados puedan otorgarle como *proxies* de los intereses de sus nacionales<sup>6</sup>, sino también del grado de participación directa de esos individuos en su creación.

Este argumento será desarrollado en las tres secciones del capítulo. En la primera, ubicaré brevemente mi propuesta en el marco de la bibliografía actual sobre principios generales de derecho, con especial referencia a tres escuelas que han estudiado los principios generales de derecho *público*. En la segunda sección, presentaré los dos métodos principales utilizados por académicos y operadores jurídicos para identificar principios generales bajo el artículo 38.1.c (el método “comparativo” y el método “esencialista”), y argumentaré que sea cual sea el método que se adopte, existen buenas razones para sostener que el principio de participación efectivamente existe. Finalmente, la tercera y última sección estará dedicada a una reflexión acerca del impacto del principio en la discusión más amplia sobre el rol de la sociedad civil en la creación del derecho internacional, y en su legitimidad y autoridad.

## **I. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO PÚBLICO: DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL, CONSTITUCIONALISMO GLOBAL, Y AUTORIDAD PÚBLICA INTERNACIONAL**

Como vimos en capítulos anteriores, existe un amplio consenso entre las y los académicos internacionalistas en cuanto a que las fuentes “formales”<sup>7</sup> del derecho internacional son las tres mencionadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “las convenciones internacionales”, “la costumbre internacional”, y “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”<sup>8</sup>. No obstante, pese a que las tres tienen igual jerarquía y valor, el desarrollo

---

<sup>5</sup> Como fue seminalmente explicado por Henry Steiner, el derecho a la participación política tiene dos caras: “el derecho relativamente vago y abstracto de participar en la dirección de los asuntos públicos de gobierno, y el derecho relativamente específico de votar en elecciones” (STEINER, 1988, p. 78).

<sup>6</sup> Para esta idea, véase CHRISTIANO, 2010; PETTIT, 2010b.

<sup>7</sup> PELLET, 2012, pp. 757, 774. La mayor parte de las y los académicos están de acuerdo en que esta lista no es exhaustiva, y pese a que la Corte Internacional de Justicia ha reconocido la naturaleza vinculante de otras fuentes, como los actos unilaterales de los Estados (PELLET, 2012, pp. 757–774).

<sup>8</sup> De acuerdo con Julio Barberis, la inclusión en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ de una frase respecto del rol del tribunal (“cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le

teórico en torno a ellas ha sido desparejo: específicamente, las referencias a los principios generales de derecho no han sido tradicionalmente abundantes en la práctica de las cortes y tribunales internacionales, en la obra de académicos y académicas, y en la vida cotidiana de las relaciones internacionales<sup>9</sup>.

En los últimos años, no obstante, tres escuelas de pensamiento jurídico internacional (muy relacionadas) han de algún modo revivido la relevancia de los principios para la regulación de asuntos globales<sup>10</sup>. Primero, las y los académicos trabajando en el proyecto de *derecho administrativo global (GAL)* han identificado en la práctica cotidiana de la gobernanza global el reconocimiento de ciertos principios propios del derecho administrativo nacional (tales como debido proceso, rendición de cuentas, transparencia, etcétera)<sup>11</sup>. Por otra parte, autoras y autores trabajando en los proyectos conocidos como *constitucionalismo global* y *autoridad pública internacional* han sugerido que los principios constitucionales y de derecho público (Estado de derecho, separación de poderes, control de constitucionalidad, etcétera) pueden ya ser identificados en la arena internacional<sup>12</sup>, o deberían ser utilizados para guiar el desarrollo futuro de la disciplina<sup>13</sup>.

Se pueden destacar dos peculiaridades de estos desarrollos. La primera es que mientras que la referencia clásica a principios solía apuntar en dirección al derecho nacional *privado*<sup>14</sup> -el ejemplo clásico es la tesis doctoral de Hersch Lauterpacht,

---

sean sometidas”), “sugiere que los redactores han considerado este artículo como una enunciación de las fuentes ya existentes en el derecho de gentes”, más que estableciendo fuentes específicas para la Corte (BARBERIS, 1991, p. 20). Véase también BOGDAN, 1977, p. 41.

<sup>9</sup> Véase PELLET, 2012, p. 833 (“[l]a Corte misma se ha referido al artículo 38.1.c con una parsimonia extrema. Si este autor no está equivocado, esta cláusula ha sido mencionada expresamente en la jurisprudencia de la Corte solamente cuatro veces desde 1922, y en cada ocasión, ha sido negada por una razón u otra”). Véase también BARBERIS, 1991, p. 21; FRIEDMANN, 1963, p. 280; KLABBERS, 2010, p. 714; KOLB, 2006b, p. 36.

<sup>10</sup> Para un análisis crítico de este proceso, véase KLABBERS, 2009a, pp. 99–107.

<sup>11</sup> Véase, generalmente, ESTY, 2006; KINGSBURY ET AL., 2005.

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, KLABBERS, 2009b.

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, DE WET, 2006; PETERS, 2009a; A. VON BOGDANDY, 2010, p. 734.

<sup>14</sup> A. VON BOGDANDY, 2014, pp. 984–985 (“los principios de derecho comúnmente reconocidos, en el sentido del artículo 38.1.c del Estatuto CIJ, están basados sobre todo en construcciones del derecho privado: piénsese solamente en *pacta sunt servanda*, *bona fides*, y de la obligación de reparar”; BARBERIS, 1991, p. 30; KADELBACH, 2010, pp. 43–45. No obstante, en la década de 1950, Rudolf Schlesinger y John Hazard ya consideraban que los derechos humanos y otros elementos del derecho público también podrían ser codificados a través de principios generales: véase HAZARD, 1958, p. 93; SCHLESINGER, 1957, pp. 750–751. Véase también FRIEDMANN, 1963, p. 281.

“Analogías de derecho privado en derecho internacional”<sup>15</sup>-, estas nuevas perspectivas se enfocan en principios que están eminentemente relacionados con el dominio *público*. Este giro no es casual, sino deliberado, dado que estos autores y autoras explícitamente consideran que el derecho internacional se está volviendo crecientemente más cercano a la regulación pública doméstica que a acuerdos entre sujetos privados, como solía entenderse<sup>16</sup>.

La segunda característica de este nuevo recurso a principios es que pese a que algunos de estos autores mencionan el artículo 38.1.c del Estatuto como una posible fuente de algunos de estos nuevos principios<sup>17</sup>, son pocos los que han hecho esfuerzos reales para compatibilizar sus propuestas con el entendimiento tradicional de esta tercera fuente del derecho internacional<sup>18</sup> (e incluso algunos han expresado cierto escepticismo respecto de esta posibilidad<sup>19</sup>). Una causa posible de esta duda en la bibliografía puede ser que el rol que usualmente se le adscribe a la fuente del artículo 38.1.c es solo subsidiario, es decir, su propósito suele ser entendido como, primero, el de llenar lagunas del derecho y, segundo, ayudar en la interpretación de otras normas indeterminadas de derecho internacional<sup>20</sup>. Como la ambición de estos tres proyectos parece ir más allá de esta función hermenéutica, es posible que el concepto de principios generales de derecho sea demasiado estrecho para sus propósitos.

---

<sup>15</sup> LAUTERPACHT, 1926. La tesis luego fue publicada como LAUTERPACHT, 1927.

<sup>16</sup> Véase, específicamente, PETERS, 2012, pp. 77–80. Véase, generalmente, A. VON BOGDANDY, DANN, & GOLDMANN, 2010.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, A. VON BOGDANDY ET AL., 2010, p. 24; KINGSBURY, 2009b, p. 29; KINGSBURY ET AL., 2005, p. 29; KLABBERS, 2009a, pp. 99–107; TSAGOURIAS, 2007.

<sup>18</sup> Stefan Kadelbach y Thomas Kleinlein han argumentado específicamente que “los principios constitucionales de respeto universal de los derechos humanos, de legitimidad democrática, de rendición de cuentas y del estado de derecho, pero también el principio de respeto del medio ambiente, pueden ser establecidos como principios generales del derecho internacional” (KADELBACH & KLEINLEIN, 2008, p. 34). Otro intento bastante exploratorio es realizado por Armin von Bogdandy, respecto del principio democrático: A. VON BOGDANDY, 2004, p. 900.

<sup>19</sup> Anne Peters ha expresado cierto escepticismo respecto de este proyecto, al menos en lo que respecta a la potencial identificación de un “principio general de transparencia”. Para ello, los problemas en ese caso eran la ausencia de (i) suficiente precisión, y (ii) de un “obligado y beneficiario de la obligación” específicos. “como resultado, sería difícil argumentar que la transparencia como tal es una regla dura de derecho internacional – y quizás nunca lo sea. Pero este hallazgo tiene poca relevancia. Quizás las cajas clásicas, las ‘fuentes’, en los términos del artículo 38 del Estatuto CIJ, no nos dicen mucho acerca del estado del derecho internacional y su poder de influenciar la conducta de actores jurídicos internacionalmente relevantes” (PETERS, 2015, p. 6).

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, BARBERIS, 1991, p. 29; LAUTERPACHT, 1927, p. 85; RAIMONDO, 2008, pp. 42–44. Para la posición opuesta, véase MOSLER, 1984, pp. 96–97.

En mi opinión, no obstante, compatibilizar el concepto tradicional de “principios generales de derecho” con estos nuevos “principios de derecho público” puede llegar a ser útil para los fines de estos proyectos, por dos razones. Primero, los principios de derecho público pueden ser, en efecto, muy prolijamente transpolados a la esfera global a través de esta tercera fuente. De hecho, la mayor parte de los autores hoy acuerdan que los principios generales de derecho no están limitados a aquellos que surgen del derecho privado, sino que también incluyen los que provienen de la regulación pública, lo que facilita este proceso<sup>21</sup>. Y, segundo, el hecho de que esta fuente tenga un rol subsidiario es casi irrelevante para un proyecto normativo, dada la frecuente indeterminación de la mayor parte de las normas del derecho internacional, por las razones exploradas en los dos capítulos anteriores. Considérese el caso que estudia esta tesis: si un principio de participación efectivamente existiera, entonces toda la estructura de creación de derecho internacional debería ser reevaluada para volverla compatible con este principio de derecho público, aun cuando su función sea meramente hermenéutica. En esta, como en muchas áreas del derecho internacional, no hay consenso en cuanto a cuál es la regla, y, por lo tanto, el rol del principio se vuelve crucial.

En las próximas dos secciones estudiaré esta cuestión, analizando, primero, si el principio existe, y luego considerando su impacto potencial sobre las reglas que regulan la creación de derecho internacional.

## **II. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN COMO UN PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38.1.C DEL ESTATUTO DE LA CIJ**

Pese a la naturaleza vinculante de los principios generales de derecho, las y “los abogados internacionalistas nunca han alcanzado un acuerdo respecto de su definición”<sup>22</sup>. Según varios académicos, esta indeterminación respecto de su contenido es un legado del momento en que fueron concebidos, en el Comité Asesor de Juristas establecido por el Consejo de la Sociedad de Naciones para redactar el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional<sup>23</sup>. En el Comité se constituyeron dos “bandos” con miradas

---

<sup>21</sup> Véase MOSLER, 1984, p. 100; RAIMONDO, 2008, pp. 47–48; SIMMA & ALSTON, 1989.

<sup>22</sup> PELLET, 2012, p. 254. Véase también SCHLESINGER, 1957, p. 734 (“Entre los estudiosos del derecho internacional no es ningún secreto que la determinación y formulación concreta de los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas es una tarea apenas iniciada”).

<sup>23</sup> Véase, generalmente, CHENG, 1953a; PELLET, 2012.

opuestas -entre otras cuestiones- respecto de la naturaleza de los principios generales<sup>24</sup>. Un grupo, liderado por Édouard Descamps, igualaba a los principios con “las normas generales de la justicia y la injusticia”<sup>25</sup>, y sugería que el propósito de incluir esta fuente en el artículo 38 era el de proveerles a los jueces una herramienta para aquellas ocasiones en las que debieran venturarse más allá de “los límites de las reglas reconocidas en el derecho positivo”<sup>26</sup> para resolver un caso. El otro grupo, liderado por Elihu Root y Walter Phillimore, era escéptico respecto de esta aproximación subjetiva, y hacía esfuerzos por relacionar esta fuente de derecho con el consentimiento de los Estados. Por lo tanto, estos juristas sostenían que los principios del artículo 38.1.c no derivaban del derecho natural, sino que eran aquellos “aceptados por todas las naciones *in foro domestico*”<sup>27</sup>. Luego de largas discusiones respecto de la redacción del artículo 38, los dos grupos llegaron a un acuerdo en la formulación actual<sup>28</sup>.

Pese al acuerdo, la controversia persistió en la bibliografía especializada, y hay hoy dos posiciones opuestas respecto del método apropiado para la identificación de los principios generales<sup>29</sup>. Mientras que algunos sostienen que los principios “pueden ser verificados a través de un estudio científico de las leyes de los distintos Estados”<sup>30</sup>, otros afirman que estos principios “existen independientemente de las instituciones de cualquier país en particular y forman parte de la esencia irreductible de todos los sistemas jurídicos”<sup>31</sup>. Por lo tanto, mientras que para algunos el mejor método consiste en comparar regulaciones nacionales, para otros, la identificación debe apoyarse en el análisis de qué tan indispensables son estos principios para la existencia de un sistema jurídico.

En lo que sigue, sostendré que cualquiera que sea el método que se elija, el principio de participación debe ser entendido como una norma vinculante de derecho internacional.

---

<sup>24</sup> Pese a que la división entre Descamps y Root/Phillimore es la posición estándar en la bibliografía, Bin Cheng distingue cinco posiciones distintas en el Comité, luego de un análisis detallado de su trabajo. Véase CHENG, 1953a, p. 11.

<sup>25</sup> PELLET, 2012, p. 833. Véase también RAIMONDO, 2008, pp. 17–20.

<sup>26</sup> PELLET, 2012, p. 741. Véase también RAIMONDO, 2008, pp. 17–20.

<sup>27</sup> PELLET, 2012, p. 836.

<sup>28</sup> PELLET, 2012, pp. 832–833.

<sup>29</sup> VITANYI, 1982. Para una revisión de la bibliografía, véase KOHEN & SCHRAMM, 2013.

<sup>30</sup> AKEHURST, 1976, p. 814. Véase también, por ejemplo, BARBERIS, 1991, p. 30; BOGDAN, 1977, p. 51; LAUTERPACHT, 1927, p. 85; MOSLER, 1984, pp. 94–95; RAIMONDO, 2008, p. 46.

<sup>31</sup> FREEMAN JALET, 1963, p. 1044.

Con este fin, presentaré, primero (1), el “método comparativo” y estudiaré el principio de participación bajo su paradigma y, luego, (2) consideraré el “método esencialista” y consideraré el principio de participación a la luz de este.

## **1. EL MÉTODO COMPARATIVO**

Como vimos, una parte importante de la doctrina, heredera de Phillimore y Root, considera que los principios generales de derecho pueden ser identificados a través de un estudio de derecho nacional comparado<sup>32</sup>. El proceso suele involucrar tres etapas<sup>33</sup>. En una primera etapa, algo exploratoria, los principios son sintetizados a partir de reglas específicas existentes en sistemas jurídicos nacionales<sup>34</sup>. No importa a esta altura si las reglas son de un Estado o de muchos: lo que importa es simplemente si se puede extraer un principio abstracto de reglas concretas. Es solo después, en el segundo paso, que se lleva a cabo el estudio comparativo<sup>35</sup>. En este punto, la intérprete examina diversas legislaciones nacionales para verificar si el principio extraído anteriormente es en efecto común a varios sistemas jurídicos. Finalmente, en un tercer paso, la intérprete considera si la transpolación del principio -que, hasta este punto, es puramente nacional- al derecho internacional es admisible, y cómo debe ser llevada a cabo<sup>36</sup>.

En lo que sigue, aplicaré este método para considerar si el principio de participación es un principio general de derecho en el sentido del artículo 38.1.c del Estatuto. Argumentaré, primero, (1.1) que el principio puede ser extraído de algunas referencias generales habituales en el derecho constitucional (sumadas a la proliferación de algunas normas específicas, tales como la libertad de asamblea y asociación, libertad de expresión, un derecho de petición, iniciativa legislativa, etcétera). Luego, (1.2) examinaré la difusión global de estas cláusulas y sostendré que, efectivamente, ellas han sido “reconocidas por las naciones civilizadas”. Finalmente, (1.3) sostendré que la extrapolación correcta de esta idea a la esfera global requiere que las normas relevantes sean interpretadas de modo

---

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, AKEHURST, 1976, p. 814; BOGDAN, 1977, p. 43; CHENG, 1987, pp. 376, 392; SCHLESINGER, 1957, p. 1957.

<sup>33</sup> BARBERIS, 1991, pp. 29–38; BOGDAN, 1977, p. 48; KOLB, 2006b, p. 10; RAIMONDO, 2008, pp. 45–70.

<sup>34</sup> BARBERIS, 1991, pp. 30–32; RAIMONDO, 2008, pp. 46–50.

<sup>35</sup> BARBERIS, 1991, pp. 32–36; RAIMONDO, 2008, pp. 50–58.

<sup>36</sup> BARBERIS, 1991, pp. 36–38; RAIMONDO, 2008, pp. 58–70.

tal de permitir la participación de individuos (o asociaciones voluntarias de individuos), y no solo de Estados, en los procesos de creación de derecho internacional.

### **1.1. Una generalización a partir de normas nacionales: el principio de participación**

El primer paso consiste, entonces, en la construcción del principio a partir de una variedad de reglas que nuestra intérprete intuya son comunes a varios sistemas. El principio debe ser “construido” y no meramente “identificado”, porque las legislaciones nacionales no suelen apoyarse explícitamente en principios, sino más bien en reglas. Por ejemplo, son pocos los Estados que tienen una norma general estableciendo la validez jurídica del principio de buena fe; en cambio, lo que suelen tener es varias reglas específicas (tales como las que lidian con el abuso de derecho, por ejemplo) de las cuales el principio puede ser inferido. Como explica Akehurst, es precisamente este alto grado de abstracción lo que permite que existan principios comunes entre las naciones<sup>37</sup>, incluso cuando esas naciones tienen reglas distintas que lidian con la implementación específica de cada “denominador común”<sup>38</sup>. Es también esta diferencia sutil entre las reglas nacionales y el principio general lo que distingue a esta fuente del derecho internacional consuetudinario<sup>39</sup>.

Según la mirada de consenso en derecho internacional, los principios generales del artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ pueden ser inferidos de todos los niveles de legislación nacional, desde constituciones hasta ordenanzas locales<sup>40</sup>. También pueden ser derivados de reglas con diferentes formulaciones y con distintos grados de generalidad, desde declaraciones hasta estándares procedimentales<sup>41</sup>. El nivel de generalidad con el que se deben construir los principios debe encontrar un balance: si son demasiado abstractos, serán inaplicables; si son demasiado concretos, nunca serán universales. Como sostiene Robert Kolb, debe haber “ese grado justo de abstracción y concretitud, que permite que sean dinámicos y que puedan ser llenados con algún contenido jurídico específico al mismo tiempo”<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> AKEHURST, 1976, p. 814. Véase también BARBERIS, 1991, p. 32; RAIMONDO, 2008, p. 49.

<sup>38</sup> MOSLER, 1984, p. 95.

<sup>39</sup> BARBERIS, 1991, p. 32.

<sup>40</sup> BARBERIS, 1991, p. 31; RAIMONDO, 2008, p. 48.

<sup>41</sup> BOGDAN, 1977, p. 47.

<sup>42</sup> KOLB, 2006b, p. 9.



En nuestro caso, el principio de participación puede ser inferido a partir de la combinación de dos conjuntos de reglas distintos, con un grado distinto de generalidad. En un primer nivel, (i) puede ser construido a partir del grupo de *afirmaciones genéricas frecuentemente incluidas en las constituciones de los diversos Estados que establecen que la soberanía reside, en última instancia, en cabeza del pueblo*. La versión prototípica de esta afirmación quizás sea el artículo 3 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, dictada por la Asamblea Nacional francesa tras la revolución de 1789. Este artículo -punto de toque de una estructura jurídica que inspiró infinidad de constituciones desde entonces- afirma que “[e]l principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella”<sup>43</sup>. La conclusión lógica que se deriva de esta cláusula es la que la Declaración expresó en el artículo 6, que “el derecho es la expresión de la voluntad general” y que, por lo tanto, “todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus representantes”<sup>44</sup>. Si el pueblo es soberano, el derecho debe basarse en su voluntad, y para establecer cuál es esta voluntad, es indispensable que este haga oír su voz, directamente o a través de sus representantes<sup>45</sup>.

Hasta allí, no tenemos todavía un principio de participación, sino en todo caso un principio de soberanía popular, que puede ser ejercida de forma participativa o representativa. No obstante, cuando el primer conjunto de afirmaciones genéricas se combina con (ii) el *reconocimiento de ciertos derechos políticos individuales*, queda claro que la idea de soberanía popular no es reducida por estas constituciones a la mera elección periódica de representantes, sino que incluye un rol más activo de la ciudadanía, sin el cual el derecho pierde legitimidad. Ese rol más activo de la ciudadanía no se expresa (solamente) en afirmaciones genéricas acerca de la participación política, sino en una serie de derechos políticos concretos que son concedidos a los individuos, tales como, entre otros, la libertad de expresión respecto de asuntos políticos, la libertad de asamblea

---

<sup>43</sup> Véase Conseil Constitutionnel, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Para esta idea, véase la discusión de los capítulos 7 y 8 de esta tesis. Véase también J. COHEN, 1996, p. 106 y MAISLEY, 2015a.

en relación a cuestiones políticas, el derecho de peticionar a las autoridades, y la posibilidad de iniciativa legislativa por parte de las y los ciudadanos. La disponibilidad de estos institutos muestra que lo que las constituciones quieren decir con la idea de soberanía última del pueblo sobre el derecho es que las y los ciudadanos deben ser sus autores, ejerciendo un rol protagónico en el proceso<sup>46</sup>.

Por lo tanto, de la combinación de estos dos conjuntos de normas puede inferirse un principio general de derecho (público), al que aquí llamo “principio de participación”. Según este principio, las normas jurídicas deben ser el resultado de la voluntad de la ciudadanía, expresada no solo a través de mecanismos representativos, sino también a través de algún tipo de intervención directa de las y los ciudadanos, haciendo oír su voz en el proceso<sup>47</sup>.

Se trata, entonces, de un principio algo vago, que no establece reglas específicas de qué es lo que se debe hacer en cada ocasión de creación de derecho, sino que se mantiene en un grado medianamente elevado de generalidad. Como sostuvo Arnold McNair, “la forma en que el derecho internacional toma esta fuente no es a través de la importación de las instituciones jurídicas *lock, stock and barrel* [de lleno], listas y equipadas completamente con un equipo de reglas”<sup>48</sup>. De lo contrario, la fuente no sería un principio, sino que sería simplemente un conjunto de reglas. Por el contrario, las ideas deberían ser tomadas como “una indicación de políticas y principios”<sup>49</sup> que debería guiar a los diversos

---

<sup>46</sup> Es cierto que muchos Estados no cuentan con todas y cada una de estas reglas, pero, como sostuve antes, esto no es necesario para la identificación de un principio general. Como explica Akehurst, un principio no solo existe cuando las reglas exactas están presentes en diversos Estados, sino también “cuando distintos sistemas de derecho nacional llegan al mismo resultado a través de medios diversos” (AKEHURST, 1976, p. 814). Aunque hay numerosos Estados con gobiernos autoritarios que restringen significativamente el involucramiento directo de la ciudadanía en los procesos de creación de derecho, lo cierto es que, pese a ello, estos Estados frecuentemente tienen en pie algunos mecanismos participativos mínimos, al menos con el propósito de aparentar que es el pueblo el que tiene soberanía última sobre el sistema jurídico. Por lo tanto, el principio de participación también puede ser inferido en estos casos, incluso cuando su implementación sea tramposa o deficiente.

<sup>47</sup> Para una exploración de (i) los fundamentos normativos, y (ii) las implicancias institucionales de un principio de este tipo, véanse los capítulos 7 y 8 de esta tesis.

<sup>48</sup> Corte Internacional de Justicia, *Estatus Internacional de África del Sudoeste*, Opinión Consultiva, 1950 I.C.J. 128 (11 de julio), Opinión Separada del Juez Arnold McNair, página 148. La misma idea parece estar presente en el trabajo del proyecto sobre *autoridad pública internacional*: “es una perogrullada que los principios de la autoridad pública internacional no pueden ser simplemente copias de los principios nacionales, porque las instituciones internacionales son distintas: la analogía doméstica, basada en la presunción de que un ejercicio de autoridad internacional es paralelo al ejercicio de autoridad nacional en todos los elementos esenciales, no puede convencer en muchos casos” (A. VON BOGDANDY, 2010, p. 735).

<sup>49</sup> Corte Internacional de Justicia, *Estatus Internacional de África del Sudoeste*, Opinión Consultiva, 1950 I.C.J. 128 (11 de julio), Opinión Separada del Juez Arnold McNair, página 148.

actores en sus tareas cotidianas que requieran la interpretación del derecho. En nuestro caso, el principio de participación ayudaría a aquellas y aquellos que tienen a su cargo los procesos de creación del derecho internacional a entender cuáles son sus obligaciones respecto de la inclusión de otros actores en el procedimiento. El principio guía de la participación les diría que elijan aquella interpretación de sus obligaciones que “aumente las oportunidades de participación popular en los procesos políticos, y que termine con prácticas sociales que sistemáticamente marginalizan a ciertos ciudadanos a la vez que empoderan a otros”<sup>50</sup>.

El punto interesante es que, si pruebo mi punto, esta no sería simplemente una cuestión de preferencias normativas -como ha sido argumentado tradicionalmente en la obra de diversos autores, y como defenderé en los capítulos 7 y 8 de esta tesis<sup>51</sup>-, sino que sería un mandato jurídico, como consecuencia del artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ.

## **1.2. El estudio comparativo: el principio de participación en la legislación nacional de los Estados**

El paso siguiente en este método comparativo consiste en estudiar si el principio ha sido, en efecto, “reconocido por las naciones civilizadas”, como requiere el artículo 38. La bibliografía hoy en día desecha unánimemente la idea original, colonialista de “naciones civilizadas” incluida en el Estatuto en la década de 1920<sup>52</sup>. No obstante, también rechaza la idea de que los principios deban ser reconocidos por todos y cada uno de los Estados del mundo. En efecto, la mayor parte de las y los académicos hoy acuerdan en que basta con probar que el principio en cuestión ha sido reconocido por algunos de los sistemas más representativos de cada “familia jurídica”<sup>53</sup>. Ahora bien, como es difícil identificar cuáles son las “familias” y qué sistema es más representativa de cada uno, la doctrina suele darle preminencia a una “distribución geográfica equitativa”<sup>54</sup>, junto con una consideración de las tradiciones de cada sistema.

---

<sup>50</sup> MARKS, 2000, p. 111.

<sup>51</sup> Véase la discusión de los capítulos 7 y 8 de esta tesis.

<sup>52</sup> Sobre el trasfondo colonial de, por ejemplo, Édouard Descamps, véase KOSKENNIEMI, 2002, pp. 161–162. Para una defensa del Comité, véase CHENG, 1953c, pp. 130–131.

<sup>53</sup> Véase, por ejemplo, LAUTERPACHT, 1927, p. 85; MOSLER, 1984, p. 95; RAIMONDO, 2008, p. 54.

<sup>54</sup> RAIMONDO, 2008, p. 55.

Para probar la existencia del principio de participación, he realizado un estudio de las constituciones y/o documentos fundacionales<sup>55</sup> de los 193 Estados que son miembros de las Naciones Unidas<sup>56</sup>. He mirado específicamente cinco variables, incluyendo tanto manifestaciones generales como aplicaciones específicas del principio: (1) el reconocimiento del pueblo como fuente última de autoridad, (2) la ratificación del artículo 25(a) del PIDCyP, (3) el reconocimiento de la libertad de expresión, (4) el reconocimiento de la libertad de asamblea y asociación, y (5) la existencia de un derecho a peticionar a las autoridades, a realizar iniciativas legislativas, o a protestar. Los resultados completos del estudio están en una tabla en el Anexo 2 de la tesis, pero intentaré obtener aquí algunas conclusiones de esos datos.

### 1.2.1. Reconocimiento del pueblo como fuente última de autoridad

166 de los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas (un 86,01%) cuentan con referencias claras en sus constituciones o documentos fundacionales a la autoridad última del pueblo sobre el derecho o el gobierno. Las formulaciones de esta idea son variadas: algunas la incluyen en el preámbulo, donde el pueblo es reconocido como el poder constituyente, otros la sugieren dentro de la definición de la forma de gobierno (como una democracia o una república<sup>57</sup>), mientras que otros lo hacen explícitamente, afirmando, por ejemplo, como el Líbano, que “el pueblo es la fuente de los poderes y de la soberanía”<sup>58</sup>.

La distribución geográfica de los 166 Estados es bastante balanceada: hay representantes de cada cultura, y de cada región geográfica. Más aún, no hay correlación entre las formulaciones más fuertes y más explícitas y la ubicación geográfica o trasfondo étnico del Estado. Solo para mencionar algunos ejemplos, la constitución de Kiribati

---

<sup>55</sup> Trabajé principalmente con la base de datos del *Proyecto Constitute*, que compila las constituciones de más de 190 Estados. Véase <https://www.constituteproject.org/>. Para algunas naciones, he buscado información adicional de distintos documentos oficiales (véanse las referencias en el Anexo 2 a esta tesis).

<sup>56</sup> Elegí esta selección de Estados para evitar controversias respecto de la estatalidad de las entidades bajo análisis. Por ese motivo, el estudio no incluye entidades como Kosovo, Taiwán o Palestina.

<sup>57</sup> En algunos casos, la constitución definía la forma de gobierno como democrática, pero de todos modos reconocía la autoridad última de un monarca (por ejemplo, en el caso de Kuwait, cuya constitución establece: “Nosotros, Abdallah Al Salem Al Sabah, Emir del Estado de Kuwait, Deseosos de cumplir todas las exigencias del gobierno democrático en nuestra patria amada”, Constitución de Kuwait, 1962 (reinstaurada en 1992), preámbulo). Esos casos fueron excluidos de esta categoría y designados como “dudosos” o como “no reconocidos” dependiente de las circunstancias específicas.

<sup>58</sup> Constitución del Líbano, 1926 (rev. 2004), artículo D.

(Oceanía) afirma que “la voluntad del pueblo debe ser primordial en última instancia en la conducta del gobierno de Kiribati”; la constitución de Japón (Asia) sostiene que “el gobierno es una misión sagrada encomendada por el pueblo, su autoridad se deriva del pueblo, sus poderes son ejercidos por los representantes del pueblo, y sus beneficios son disfrutados por el pueblo”; la constitución de México (América Latina) establece que “todo el poder público emana del pueblo y se instituye para beneficio de este”; la constitución de Suecia (Europa) sostiene que “todo el poder público en Suecia proviene del pueblo”; la constitución de Túnez (Liga Árabe) apunta a establecer “un Estado civil apoyado sobre el principio de soberanía del pueblo”; y la constitución de Zambia (África) reconoce “el igual valor de los hombres y las mujeres en sus derechos a participar, y a determinar y construir libremente un sistema político, económico y social de su libre elección”.

Entre los Estados que no apoyan claramente la idea de que la autoridad última reside en el pueblo, he catalogado 12 casos como “dudosos” (un 6,22% del total), y otros 15 casos como “negativos” (un 7,77% del total). Los casos dudosos eran frecuentemente aquellos en los cuales la soberanía del pueblo era reconocida de algún modo, pero el poder estaba de todos modos conferido a un monarca. Los casos negativos fueron aquellos en los cuales la propia constitución establecía que la autoridad última estaba en cabeza de un autócrata y no del pueblo. La distribución geográfica de esta lista también es bastante balanceada, excepto por la ausencia de Estados latinoamericanos y por alguna preeminencia de Estados árabes y europeos (8 cada uno)<sup>59</sup>.

#### 1.2.2. Ratificación del artículo 25(a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

163 de los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas (un 84,46%) han ratificado el artículo 25 del PIDCyP, que establece el derecho de las y los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos públicos. Otros 7 Estados (3,63%) han firmado el tratado, pero aún no lo han ratificado; 3 Estados (1,55%) han realizado reservas o declaraciones

---

<sup>59</sup> Vale la pena notar también que al menos 28 Estados incluyen referencias a la Declaración Universal de Derechos Humanos (incluyendo el artículo 21.3, que establece que “[l]a voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público”) en sus constituciones, mientras que muchos otros la han reconocido en otras partes de sus sistemas jurídicos. Véanse los resultados de la búsqueda en la base de datos del *Projecto Constitute*, en: <https://www.constituteproject.org/search?lang=en&q=universal%20declaration%20of%20human%20rights>.

considerables; 1 Estado (Corea del Norte) ha intentado denunciarlo; y 19 Estados (9,84%) no ha tomado acción alguna. La distribución geográfica es, una vez más, bastante pareja, excepto por la falta de ratificación de varias islas del Pacífico y Estados árabes, y la ratificación unánime de Estados europeos y latinoamericanos. Comparando estos datos con los de la variable previa, solo 10 Estados (5,18%) que no tienen ninguna referencia a la autoridad última del pueblo en sus constituciones no ha ratificado el artículo 25 del PIDCyP.

### 1.2.3. Garantías de libertad de expresión respecto de asuntos públicos

190 de los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas (un 98,45%) tiene protecciones explícitas de la libertad de expresión en sus documentos constitucionales. No obstante, muchas de estas constituciones prevén la posibilidad de establecer restricciones a este derecho, por ley, haciendo el análisis mucho más complejo. En particular, 8 Estados (4,15%) explícitamente mencionan en sus constituciones bases potenciales de restricción que serían incompatibles con el rol que la libertad de expresión tiene en relación al principio de participación, dado que limitarían el involucramiento de la ciudadanía en asuntos políticos. Por ejemplo, Tonga no admite comentarios negativos respecto del rey, y países como Malasia, Irán y las Maldivas aceptan la libertad de expresión en la medida en que esta sea compatible con el islam, que es -a su vez- un componente importante de la actividad gubernamental.

No obstante, más allá de estas complejidades en la implementación del derecho, es claro que una amplia mayoría de Estados considera que permitir que los ciudadanos hagan oír sus voces en (lo que Habermas llama) la “esfera pública informal”<sup>60</sup> es al menos valioso en principio. Solo 2 Estados (un 1,04%) no hace ninguna referencia a la libertad de expresión en sus cartas de derechos (Arabia Saudita y Brunéi Darussalam), mientras que otro (Tailandia) solo hace algunas referencias vagas al respeto de los derechos humanos, en general.

### 1.2.4. Libertad de asamblea y asociación

Los mismos Estados que otorgan una protección explícita a la libertad de expresión de sus ciudadanos y ciudadanas (190 de 193, un 98,45%) también reconocen su libertad de asamblea y asociación. Nuevamente, la dificultad yace en determinar qué restricciones

---

<sup>60</sup> Véase, generalmente, HABERMAS, 1996, y la discusión del capítulo 8.

son admisibles. No obstante, a partir de lo que puede verse en el texto de las constituciones, el número de Estados que restringe este derecho explícitamente en relación a las actividades políticas parece incluso menor que en el caso anterior: solo dos Estados lo hacen (Malasia e Irán, un 1,04%). Los mismos tres Estados (un 1,55%) que no reconocían la libertad de expresión de sus ciudadanos, tampoco reconocen este derecho.

#### 1.2.5. Derecho a peticionar a las autoridades, a protestar públicamente o a la iniciativa legislativa

163 de los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas (un 84,46%) les otorgan a sus ciudadanos un derecho a participar en la vida política de la comunidad más allá de votar en elecciones, sea a través de protestas públicas respecto de cuestiones políticas, a través de peticiones formales a las autoridades, o a través del derecho de iniciativa legislativa. La distribución geográfica es, nuevamente, bastante balanceada, aunque hay cierta tendencia entre Estados subsaharianos (7), caribeños e islas del pacífico (6 y 4, respectivamente) y naciones árabes (4) a restringir estas oportunidades.

#### 1.2.6. Análisis general

En conclusión, solo dos Estados (Brunéi Darussalam y Malasia, un 1,04% del total) obtuvieron resultados negativos en todas las categorías. Arabia Saudita solo les otorga a sus ciudadanos el derecho de peticionar a las autoridades, mientras que Tailandia solo ratificó el PIDCyP, pero no cuenta con protecciones específicas a la participación política en su derecho constitucional. Después, Omán, Pakistán y Tonga obtuvieron resultados positivos solo en dos de las cuatro categorías. En total, 7 Estados (un 3,62%) recibieron notas negativas en tres o más categorías. En términos de distribución geográfica, 4 son de Asia, 2 de Oriente Medio, y 1 de Oceanía, pero 5 de ellos son Estados islámicos<sup>61</sup>.

El grupo de Estados que recibió notas positivas en solo tres de las cinco categorías incluye 4 naciones del Caribe, 4 Estados del Golfo Pérsico, 3 islas del Pacífico, 2 Estados asiáticos, y un Estado europeo y otro africano, dando un total de 15 (un 7,77%). La distribución geográfica es evidente de la lista, y lo único notable es la ausencia de

---

<sup>61</sup> A partir de este dato, alguien podría concluir que el principio no aplica en las naciones musulmanas. No obstante, esto perdería de vista el hecho de que muchos Estados islámicos (incluyendo algunos de los más importantes y más poblados, como Indonesia, Bangladesh, Egipto, Nigeria y Turquía) tienen, en efecto, legislaciones en las cuales el principio puede ser inferido. Por lo tanto, la “familia jurídica” del islam también parece apoyar la existencia del principio.

naciones americanas, todas las cuales dieron resultados positivos en cuatro o más categorías.

Finalmente, un impresionante 88,60% de los Estados miembros de las Naciones Unidas (171 Estados) obtuvieron resultados positivos en cuatro o más categorías del estudio, lo que sugiere que defienden (al menos retóricamente, en sus constituciones) el reconocimiento y la protección del principio de participación política. De esos, solo 45 Estados (un 23,32% del total) dieron resultados positivos en cuatro categorías, mientras que 126 (un 65,23%) lograron resultados afirmativos en todas y cada una de las variables. La distribución geográfica, como en los demás pasos de proceso, fue bastante balanceada. Por último, -y quizás sorprendentemente- la lista de aquellos que reconocen la participación política incluye a 18 de las 20 naciones más pobladas del mundo (todas excepto Paquistán e Irán), lo que sugiere que el principio no solo rige entre muchas naciones, sino también a muchos ciudadanos del mundo.

En suma, parecería que la legislación de las naciones civilizadas del mundo reconoce la idea de que los procesos de creación de derecho deberían incluir mecanismos de participación ciudadana. La pregunta ahora es si esta idea es trasladable a la esfera internacional y, en tal caso, cómo.

### **1.3. El traslado del principio a la esfera internacional: el principio de participación y el rol de los individuos en la creación del derecho internacional**

El último paso en el proceso comparativo consiste en “transponer”<sup>62</sup> el principio de los sistemas jurídicos nacionales al derecho internacional. La mayor parte de los autores y autoras coincide en que el principal instrumento en la importación de ideas nacionales es el de la analogía<sup>63</sup>, que Lauterpacht define como una “identidad o similitud de proporción”<sup>64</sup>: para ello, nuestra intérprete debe mirar las relaciones entre los sujetos relevantes a nivel nacional, y luego usar el principio para crear una relación proporcional entre los sujetos del derecho internacional. El método, como reconoce Lauterpacht, no es científico, sino “inductivo y experimental”, y está “sujeto a corrección”<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Véase RAIMONDO, 2008, p. 58. Véase también MOSLER, 1984, pp. 95–96.

<sup>63</sup> BARBERIS, 1991, pp. 36–37; LAUTERPACHT, 1927; RAIMONDO, 2008, pp. 59–62.

<sup>64</sup> LAUTERPACHT, 1927, p. 83.

<sup>65</sup> LAUTERPACHT, 1927, p. 84.



En este caso, el principio regula una relación entre aquellos que ejercen la autoridad pública y aquellos que están sujetos a esa autoridad<sup>66</sup>. En la esfera municipal, esta relación ha sido establecida tradicionalmente entre los individuos y el Estado (o, lo que es lo mismo, funcionarios del Estado). En la esfera global, no obstante, esta relación es frecuentemente establecida entre entidades de distinta naturaleza. Considérense las siguientes tres situaciones, entre muchas posibles<sup>67</sup>.

Primero, la relación se puede presentar entre dos Estados, horizontalmente. Este es el caso cuando un Estado apela al derecho internacional (una fuente de autoridad) para resolver una disputa con otro Estado, sea con o sin recurso a un tribunal internacional. En esta situación, como enseña clásicamente la escuela positivista, la autoridad del derecho dependerá de la participación (o, en su formulación más fuerte, del consentimiento) de ambos Estados en el establecimiento de dicha regla<sup>68</sup>. Por ejemplo, en lo que parece ser una aplicación del principio, un tratado que no haya sido ratificado por una de las partes no tendrá autoridad sobre la relación entre ellas<sup>69</sup>.

Segundo, la relación puede presentarse entre un Estado y una organización internacional. Nuevamente, en esta situación, el rol jugado por el Estado (que ahora sería el sujeto, y no la autoridad) en el establecimiento de la organización y en su proceso de toma de decisiones es crucial para determinar la autoridad de esta sobre la situación. De acuerdo con el principio de participación, si el Estado no pudo hacer oír su voz en las deliberaciones, y si no se le dio consideración a su posición antes de que la decisión fuera tomada, la autoridad de la organización sería limitada. En la práctica, estas situaciones no se desarrollan tan explícitamente, pero esto es solamente porque las reglas

---

<sup>66</sup> Nótese que el elemento crucial aquí, tal como lo formulo, es que exista “autoridad” y no “coerción”. Una discusión más detallada de la diferencia entre ambas ideas excede el propósito de este capítulo, pero sí está disponible en el capítulo 7 de esta tesis, específicamente en la sección II.2. Para los propósitos de este capítulo, creo que es suficiente adoptar -casi por estipulación- la definición de “autoridad” del proyecto de *autoridad pública internacional* con el que operan Armin von Bogdandy y sus colegas en Heidelberg, como “la capacidad jurídica de *determinar* a otros y de reducir su libertad, es decir, de darle forma unilateralmente a su situación jurídica o fáctica” (A. VON BOGDANDY ET AL., 2010, p. 11). Agradezco a Francisco García Gibson por hacerme notar la relevancia de este punto para la discusión de este capítulo.

<sup>67</sup> Para una revisión de los distintos ejercicios de autoridad pública internacional, véase A. VON BOGDANDY ET AL., 2010; A. VON BOGDANDY, 2010.

<sup>68</sup> Esto es, en realidad, mucho más complejo. Para los propósitos de este capítulo, basta decir que el consentimiento es una condición necesaria, pero no suficiente de la autoridad del derecho. Sobre esta discusión, véase el capítulo 7 y BUCHANAN, 2004, p. 303.

<sup>69</sup> CVDT, artículo 34.

procedimentales de las organizaciones internacionales suelen incorporar el principio, así como lo hacían las reglas nacionales estudiadas en la sección pasada.

Tercero, la relación también se puede desarrollar entre un Estado o grupo de Estados (o una organización internacional, o incluso un ente privado) y un individuo. Esto frecuentemente ocurre no solo en los casos extremos en los que el derecho internacional explícitamente prevé efectos directos para los seres humanos (por ejemplo, en el derecho internacional penal), sino también en muchas otras situaciones, en las cuales los destinatarios formales de las reglas no son los individuos sino los Estados. Considérese el siguiente ejemplo. Una paciente con cáncer en un país en vías de desarrollo, que se beneficia de utilizar medicamentos genéricos para curar su enfermedad, es forzada a modificar su tratamiento como resultado de la entrada en vigor de un acuerdo internacional de propiedad intelectual<sup>70</sup>. En las negociaciones del tratado, su voz fue solamente representada por su presidente, contra el cual hizo campaña, y al cual no votó. Nadie más trajo a colación la situación de los pacientes con cáncer en la discusión. En este caso, para que la relación entre ella y el grupo de Estados parte en el tratado sea proporcional a la que ella tiene respecto de su Estado, tal como lo regula el principio de participación (es decir, para aplicar el principio por analogía), las reglas del procedimiento de negociación de tratados se deberían haber interpretado de modo tal que se le permitiera participar, de algún modo, en la deliberación. Este es el rol más importante que el principio debería tener en derecho internacional.

Alguien podría sostener que el problema con mi analogía es que asumo que los individuos pueden ser un sujeto relevante del derecho internacional (como los Estados, o las organizaciones internacionales), cuando este no es el caso. En la situación de la paciente, dirían, el problema no es entre la mujer y los Estados parte del tratado, sino más bien entre ella y su gobierno, que fue legítimamente electo, y que luego decidió libremente ratificar e implementar la regulación sobre propiedad intelectual.

Hay cuatro grandes problemas con este argumento. El primero es que el derecho internacional ha reconocido explícitamente a los individuos como sujetos inherentes de ese sistema jurídico<sup>71</sup>. Por ejemplo, en el preámbulo del PIDCyP se acepta que los derechos listados en el tratado no fueron otorgados por los Estados (como debería haber

---

<sup>70</sup> Recuérdese, por supuesto, el caso de Zahara Heckscher, mencionado en el capítulo 1.

<sup>71</sup> Para más sobre esto, véase, clásicamente, LAUTERPACHT, 1970. Véase también PETERS, 2009b.

sido si los Estados fueran los únicos sujetos del sistema), sino que se derivan “de la dignidad inherente de la persona humana”<sup>72</sup>. Por lo tanto, los individuos han sido considerados poseedores de derechos inherentes (es decir, sujetos primarios) en la esfera internacional, junto con los Estados, al menos desde la década de 1960<sup>73</sup>.

Pero, además, y este es el segundo problema, no tiene sentido separar las obligaciones y prerrogativas jurídicas de un ente colectivo, como el Estado, de aquellas de los miembros que componen tal entidad colectiva, es decir, sus ciudadanos<sup>74</sup>. Como afirma Lauterpacht haciendo referencia a la obra de John Westlake: “el derecho internacional impone derechos y obligaciones en última instancia sobre las personas, y no sobre la entidad mística llamada Estado”<sup>75</sup>. Los derechos y obligaciones pueden ser siempre rastreados a los de sus ciudadanos, de los cuales los Estados son meros representantes. En este caso, aplicar el principio en la esfera internacional solo a la conducta de los Estados no implicaría que los individuos sean excluidos completamente de este proceso: en los hechos, algunos individuos -aquellos que pueden acceder, usando su poder y recursos- aun tendrían posibilidades de participar. No obstante, otros individuos -aquellos que no tengan esas conexiones- estarían ciertamente excluidos. Cuando se levanta el velo corporatista de la personificación de los Estados, lo que se ve es que algunos individuos son arbitrariamente incluidos, mientras que otros son arbitrariamente excluidos.

La tercera razón tiene que ver con el contenido mismo del principio. El principio reconoce la capacidad de los individuos de otorgar autoridad a la regulación pública. Este reconocimiento presupone que los individuos son agentes autónomos, que tienen una conciencia propia que les permite tomar decisiones acerca de lo que es mejor para sí mismos. Lo mismo no puede decirse de los Estados, a menos que se haga referencia a su

---

<sup>72</sup> PIDCyP, preámbulo. El objeto y fin del PIDCyP, entonces, no es el de “crear” estos derechos, sino más bien, como explicó el Comité de Derechos Humanos, el de “definirlos”, de establecer los estándares en relación a los cuales deben ser medidos, y el de ubicarlos “en un marco de obligaciones que son jurídicamente vinculantes para aquellos Estados que lo ratifiquen” (Comité de Derechos Humanos, *Observación general 24: Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto* (2 de noviembre de 1994), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párrafo 7).

<sup>73</sup> En efecto, puede argumentarse que este reconocimiento llegó mucho antes, como fue sugerido por Hersch Lauterpacht en 1947 (véase LAUTERPACHT, 1927, pp. 73–80).

<sup>74</sup> Véase, al respecto, la sección II.1 del capítulo 7.

<sup>75</sup> LAUTERPACHT, 1927, p. 80.

rol como representantes de los individuos<sup>76</sup>. Por lo tanto, aplicar el principio a entidades colectivas, como los Estados, sin prestarle atención al rol de los individuos que los componen, implica entender mal la idea crucial detrás del principio

Finalmente, la cuarta razón tiene que ver con la implementación. Si la única relación relevante de autoridad pública para la paciente de cáncer fuera la que se establece entre ella y su Estado, entonces el principio requeriría solamente que ella tuviera algún tipo de voz en la decisión de su Estado de establecer las reglas sobre propiedad intelectual respecto de su propio territorio. No obstante, las posibilidades de que su voz tenga al menos una pequeña influencia sobre la decisión en esta situación serían mínimas (y ciertamente menores que si se aplicaran en la esfera global), por dos razones. Primero, el texto del tratado llega a la esfera nacional como una decisión cerrada, en la que no se pueden hacer cambios: es tómallo o déjalo. Y segundo, como se reconoce ampliamente en la bibliografía, el proceso de globalización redujo significativamente las posibilidades de los Estados de decidir no participar en esquemas cooperativos internacionales como el que está bajo análisis<sup>77</sup>. Es probable que, si el Estado de la paciente de cáncer no hubiera ratificado el tratado, habría sido excluido de oportunidades comerciales cruciales para su desarrollo, como ocurrió con el acuerdo ADPICs y la OMC<sup>78</sup>. Por lo tanto, tendría una chance de participar, pero jugando un juego en el que las cartas están marcadas.

En conclusión, (1) el principio puede ser derivado tanto de manifestaciones generales como de aplicaciones específicas de la idea de que el pueblo tiene soberanía sobre el derecho; (2) este principio es efectivamente reconocido por las naciones civilizadas, dado que las cláusulas en cuestión son aceptadas por casi el 90% de los Estados del mundo; y (3) el principio debe ser aplicado en la esfera global no solo en las relaciones entre Estados, sino también en las relaciones que involucran a otros sujetos del derecho internacional, y particularmente, a los seres humanos. En la próxima sección proveeré un argumento alternativo, usando otro método para la identificación de principios generales de derecho, uno que no requiere el análisis comparativo realizado en esta sección.

---

<sup>76</sup> Véase NINO, 1991, pp. 152–158, 2013, p. 120. Véase, al respecto, también, la sección II.1 del capítulo 7.

<sup>77</sup> Véase la sección II.2.1 del capítulo 1 de esta tesis.

<sup>78</sup> Para una discusión, véase, por ejemplo, CORREA, 2000; LAVOPA, 2009.

## 2. EL MÉTODO ESENCIALISTA

### 2.1. El método

Pese a que la mayor parte de los autores afirma que el método comparativo es el instrumento más preciso para la identificación de principios generales de derecho, en la práctica, la mayor parte de las y los operadores jurídicos no realiza este tipo de estudios al utilizar esta fuente de derecho. La razón probablemente pueda hallarse en la dificultad que conlleva investigar en profundidad varios sistemas jurídicos, pero también en otro hecho, más sencillo: para muchos, el reconocimiento del principio en muchos sistemas no es constitutivo sino declaratorio. Como afirma Bin Cheng, el derecho nacional solo “provee la evidencia de la existencia de un principio de derecho en particular”<sup>79</sup>, pero los principios están, de hecho, más allá de esta práctica: están “basados en el sentido común y en la práctica común de las naciones civilizadas”<sup>80</sup>, son “conceptos jurídicos que están en la naturaleza misma del derecho, como ejemplifica el derecho nacional”<sup>81</sup>, “forman la base de las reglas positivas de derecho”<sup>82</sup>.

Partiendo de estas ideas, algunos académicos y académicas han sostenido que una intérprete puede llegar a las mismas conclusiones sin realizar un estudio comparativo, simplemente estudiando si un principio es, en efecto, indispensable para la existencia de un sistema jurídico<sup>83</sup>. Frances Freeman Jalet ha sido quizás el más entusiasta defensor de esta idea. De acuerdo con él, un conjunto de reglas “no constituye un principio general cuando existe en muchos, o incluso en todos, los sistemas jurídicos, sino cuando ese principio es tan básico y fundamental que compone el sustrato del cual pueden ser derivadas las reglas positivas”<sup>84</sup>. Para él, es esto -y no la universalidad o el consentimiento- lo que debería buscar nuestra intérprete al intentar identificar un principio general<sup>85</sup>.

---

<sup>79</sup> CHENG, 1953a, p. 392.

<sup>80</sup> CHENG, 1953a, p. 394, citando a Lord Asquith of Bishopstone en *Abu Dhabi Oil Arbitration*, 1 ICLQ 247 (1951) at 257.

<sup>81</sup> CHENG, 1953a, p. 392.

<sup>82</sup> CHENG, 1953a, p. 376.

<sup>83</sup> Véase VERDROSS, 1935, p. 203.

<sup>84</sup> FREEMAN JALET, 1963, pp. 1085–1086.

<sup>85</sup> Freeman Jalet parece preferir este método respecto del comparativo, aunque él acepta que también puede ser útil, como Cheng: “dado que los principios generales del derecho forman el fundamento teórico de todas las reglas positivas, se sigue que estas pueden ser buscadas por un proceso de inducción a partir de esas

## 2.2. El principio de participación como esencial para la existencia de un sistema jurídico

La pregunta, entonces, es si el principio de participación compone este sustrato del cual se pueden derivar las reglas positivas. ¿Puede haber alguna regla positiva, es decir, *derecho*, sin la participación de la ciudadanía en su creación? ¿Es la participación de los sujetos del derecho un requisito para su validez, generalmente?

El primer paso para responder esta pregunta es clarificar a qué apunta la pregunta, y en particular qué quiere decir por “derecho”. Como explica Carlos Nino, las y los filósofos del derecho han utilizado dos conceptos diferentes de derecho, que no necesariamente son incompatibles, y que pueden ser usados en distintas circunstancias<sup>86</sup>: primero, un concepto *descriptivo* de derecho, como “un conjunto de normas que son de hecho reconocidas”<sup>87</sup>, y segundo, un concepto *normativo* de derecho, como “una serie de normas que deberían ser reconocidas”<sup>88</sup>.

Dos elementos sugieren que la pregunta aquí formulada refiere a un concepto *normativo* de derecho. El primero es que, si la cuestión asumiera un concepto descriptivo de derecho, entonces la única forma de responder la pregunta sería en función del método comparativo. Lo que hice en la sección anterior fue exactamente eso: estudiar si el principio es, en los hechos, reconocido por los distintos sistemas. Si esta fuera la única forma de responder la pregunta, entonces no tendría sentido distinguir entre los dos métodos.

La segunda razón es que creo que la pregunta es en última instancia una pregunta acerca de la validez del derecho, y, por lo tanto: primero, no puede ser respondida mirando al derecho mismo<sup>89</sup> y, segundo, no puede ser respondida por referencia a hechos<sup>90</sup>. No puede ser respondida mirando al derecho mismo porque de lo contrario incurriríamos - como vimos en el capítulo 2- en una regresión indefinida: podemos basar la validez de una regla en otra regla, pero necesitaríamos otra regla para probar la validez de la segunda,

---

reglas (...). Que esto sea posible, no obstante, no significa que sea un procedimiento recomendado (FREEMAN JALET, 1963, p. 1078).

<sup>86</sup> Véase NINO, 2014, pp. 21–86.

<sup>87</sup> NINO, 2014, p. 37.

<sup>88</sup> NINO, 2014, p. 37.

<sup>89</sup> Véase HART, 1994, p. 107; KELSEN, 1967, p. 193; NINO, 2014, pp. 60–61.

<sup>90</sup> Véase KELSEN, 1967, pp. 193–194; NINO, 2014, p. 62.

y luego de nuevo con esta tercera, y así indefinidamente<sup>91</sup>. En última instancia, debe haber un argumento no jurídico acerca de por qué el derecho es vinculante, y ese argumento no jurídico es exactamente lo que nuestra pregunta está buscando<sup>92</sup>.

En mi opinión, como vimos en el primer y segundo capítulo de esta tesis, ese argumento no jurídico debe ser inevitablemente normativo. Por lo tanto, la pregunta podría ser reformulada del siguiente modo: ¿debería esperarse que los individuos cumplan con una serie de reglas respecto de cuya creación no tuvieron oportunidad de hacer oír su voz? Los próximos dos capítulos de esta tesis estarán dedicados a responder en profundidad esta pregunta. Sostendré, allí, que del principio fundamental de igualdad moral de las personas se puede derivar un principio de autogobierno democrático, que a su vez requiere la existencia de mecanismos participativos de toma de decisiones. Solo en los casos en que estos procedimientos existan podrá decirse que el derecho es legítimo, o, incluso, que es derecho. Si mi argumento de esos capítulos es correcto, entonces, el principio de participación puede considerarse, efectivamente, “tan básico y fundamental como para componer el sustrato del cual se derivan las reglas positivas”<sup>93</sup>, como requiere el método esencialista. Por lo tanto, si esto fuera cierto, de acuerdo con este método, el principio debería ser reconocido como un principio general de derecho.

### **III. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN Y LA CONTROVERSIA INTERPRETATIVA RESPECTO DEL DERECHO DE LA SOCIEDAD CIVIL A PARTICIPAR EN LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL**

Si alguno de mis dos argumentos previos (el comparativo o el esencialista) son correctos, entonces el principio de participación es un principio general de derecho, bajo el artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ. Por lo tanto, este debe ser tenido en cuenta al momento de interpretar otras reglas de derecho internacional, o cuando existen lagunas en la regulación no cubiertas por tratados o costumbre<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> NINO, 2014, p. 60.

<sup>92</sup> Hart reconoce que esta es la única pregunta que su teoría no puede contestar desde un punto de vista interno respecto del derecho: “ninguna cuestión puede surgir respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que provee los criterios; no puede ser ni válida ni inválidas, sino que es simplemente aceptada como apropiada para su uso en este sentido” (HART, 1994, p. 109).

<sup>93</sup> FREEMAN JALET, 1963, pp. 1085–1086.

<sup>94</sup> Véase, por ejemplo, PELLET, 2012, pp. 850–854.

Para muchos, esta es exactamente la situación existente en cuanto a la regulación de la admisión de las organizaciones de la sociedad civil, es decir, asociaciones voluntarias de individuos, en los foros de creación de derecho internacional. Como vimos en el capítulo 1, la mayor parte de las y los autores coincide con Alan Boyle y Christine Chinkin en cuanto a que, pese a que este derecho puede surgir en el futuro, “es todavía prematuro aseverar que existe un derecho al acceso y la participación”<sup>95</sup>. La formulación más optimista en la doctrina predominante es que, en todo caso, lo que existe es “una expectativa de participación”<sup>96</sup>. Pero si mis argumentos de los capítulos 3 y 4 fueron mínimamente exitosos, entonces estas afirmaciones pueden ser puestas en cuestión.

En este contexto de indeterminación jurídica, un principio general de participación puede tener un rol crucial. En este caso, el principio sugeriría que la interpretación apropiada de las reglas vigentes es aquella que sea más generosa en cuanto al derecho de estos actores de participar en los procesos de creación de derecho. No obstante, como principio general, no establecería pautas específicas respecto del contenido del derecho; lo único que haría sería presentarles a los intérpretes una advertencia de que su tarea hermenéutica debería ser respetuosa de un acuerdo generalizado respecto de la naturaleza de los sistemas jurídicos, que ha sido ampliamente reconocido por las naciones civilizadas.

El reconocimiento de este principio general puede, entonces, cumplir un rol importante en la democratización del sistema jurídico internacional. En el primer capítulo cité a Philip Allott, quien sostiene que la realidad de las relaciones internacionales parecería ser “un reflejo de la vida interna de hace cientos de años”, es decir, “una lucha intermitente entre caballeros teutónicos, barones europeos, señores feudales chinos, o shogunes japoneses. Es como si Thomas Hobbes fuera el único filósofo social del mundo. Es como si no hubieran existido Locke, ni Rousseau, ni Kant, ni Hegel, ni Marx, o ni siquiera Platón, Aristóteles, Lao Tzu o Confucio”<sup>97</sup>. En suma, es como si los principios que hemos acordado ampliamente en la esfera nacional no tuvieran impacto alguno en la

---

<sup>95</sup> BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 57. Véase también CHARNOVITZ, 2006b, pp. 368–372; KISSLING, 2008, p. 36; MALANCZUK, 1997, pp. 97, 100; NGUYEN QUOC ET AL., 2002, p. 653; PRONTO, 2008, p. 605; REBASTI, 2008, p. 81; TULLY, 2007, p. 329; WOODWARD, 2010, p. 40.

<sup>96</sup> ILA, 2012. Véase también PETERS, 2009b, pp. 221–227; PETERS ET AL., 2009, p. 545 y LINDBLOM, 2006, p. 526.

<sup>97</sup> ALLOTT, 2004, p. 410.



forma en que se conducen las relaciones internacionales. Creo que el principio de participación que he tratado de probar en este capítulo puede servir en la tarea de transpolar el desarrollo de la teoría política a nivel nacional a las relaciones internacionales. Como notó Cheng hace más de sesenta años, este es el rol de los principios generales: son “los caminos que la humanidad civilizada ha identificado, en su larga experiencia en la esfera local, como aquellos que llevan a la justicia, y que necesariamente deberían ser seguidos si se deseara establecer el derecho y la justicia entre las naciones”<sup>98</sup>. Uno de esos caminos que parece haber aprendido en la humanidad es que la participación de los sujetos es esencial para la creación de regulaciones autoritativas. En este capítulo traté de sugerir que es tiempo de transponer esta idea al derecho internacional.

---

<sup>98</sup> CHENG, 1953a, pp. 386, 394.



**PARTE III: MORAL Y POLÍTICA - FUNDAMENTOS  
NORMATIVOS PARA LA INTERPRETACIÓN DEL  
DERECHO DE LAS ORGANIZACIONES DE LA  
SOCIEDAD CIVIL**



## CAPÍTULO 7: LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL COMO CRITERIO INTERPRETATIVO

En los capítulos anteriores, vimos que nuestra intérprete cuenta con buenos indicios acerca de la existencia de un derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional. Estos indicios surgen del artículo 25(a) del PIDCyP, de la aparente emergencia de una costumbre internacional en la materia, y de la operación de un principio general del derecho relacionado con la participación de la ciudadanía en la creación del derecho. Pero vimos también en la primera parte de la tesis que nuestra intérprete, para resolver cualquier indeterminación que pudiera surgir respecto del contenido de las normas, debe mirar esos datos de la práctica de la disciplina *a su mejor luz*, es decir, de modo de hacer de esta práctica “el mejor ejemplo posible del género al que se considera que pertenece”<sup>1</sup>. En el caso del derecho internacional, una práctica normativa, vimos que esto requiere inclinarse por aquella interpretación que sea más coherente con las razones normativas, de moralidad política, que mejor justifican la autoridad del sistema jurídico internacional<sup>2</sup>.

Este capítulo y los dos siguientes estarán dedicados a argumentar que la mejor interpretación posible de esos indicios relevados en los capítulos anteriores es la que reconoce el derecho de la sociedad civil a participar en el proceso de creación del derecho internacional. En este capítulo, específicamente, sostendré que las razones de moralidad política que justifican la autoridad del sistema jurídico internacional refieren centralmente -al igual que en el caso de los sistemas jurídicos nacionales- al ideal de autogobierno democrático y que, por lo tanto, nuestra intérprete deberá buscar aquella lectura de las normas que presente al sistema en su versión más coherente respecto de este ideal. En el próximo capítulo, indagaré en mayor profundidad en el contenido de este ideal democrático en la esfera global, explorando en particular las tensiones entre mecanismos representativos y participativos. Finalmente, en el capítulo 9, analizaré ya no la deseabilidad de este ideal, sino su plausibilidad en relación a las motivaciones de la ciudadanía.

---

<sup>1</sup> DWORKIN, 1986, p. 52.

<sup>2</sup> Véase, al respecto, la argumentación del capítulo 3.

Este capítulo estará dividido en dos secciones. En la primera sección, (I) reconstruiré un argumento general que identifica al ideal de autogobierno democrático como justificación prototípica de la autoridad del derecho, en cualquier circunstancia. De ese razonamiento se deriva una especie de presunción de que cualquier norma jurídica debe ser creada a través de procedimientos democráticos. En la segunda sección, en tanto, (II) responderé a dos argumentos que sostienen que esta presunción general no es aplicable en el caso específico del derecho internacional. La primera objeción (1) es la que afirma que los sujetos relevantes para el análisis en el caso del derecho internacional son distintos, porque son los Estados (y no los individuos) los que crean y son regulados por el derecho internacional. Por lo tanto -afirma la objeción-, deberían ser los Estados, y no los individuos, quienes participen de su creación. La segunda objeción, en tanto, (2) es la que sostiene que las decisiones de creación de normas internacionales no son pasibles de exigencias de legitimidad, entre otras razones, porque las normas creadas no son aplicadas coercitivamente. Según esta postura, las reglas del derecho internacional son meros esquemas cooperativos, que no necesariamente deben ser establecidos a través de procedimientos democráticos. En ambos casos, intentaré mostrar que el derecho internacional se parece más al derecho nacional de lo que las objeciones sostienen, y argumentaré que su legitimidad depende de la existencia de procedimientos democráticos de creación. En el ínterin, además, intentaré precisar un poco más qué debe entender nuestra intérprete por “creación del derecho internacional” en este contexto, y quiénes podrían exigir ser incluidos en los procedimientos democráticos en cuestión. Quedará para el próximo capítulo estudiar en detalle qué quiere decir, en el contexto internacional, que estos procedimientos deban ser “democráticos”.

## **I. LA PRESUNCIÓN: LA LEGITIMIDAD DE TODA NORMA JURÍDICA DEPENDE DE QUE HAYA SIDO CREADA A TRAVÉS DE PROCEDIMIENTOS DEMOCRÁTICOS**

Para poder identificar cuál de las posibles interpretaciones de la práctica es la que constituye “el mejor ejemplo posible del género al que se considera que pertenece”<sup>3</sup>, nuestra intérprete debe comenzar por definir cuál es ese género a la luz del cual considerar la especie. En este caso, es claro que el género es el derecho internacional, y que -por las consideraciones de los capítulos 2 y 3- este debe ser entendido no solamente como un

---

<sup>3</sup> DWORKIN, 1986, p. 52.

conjunto de normas relacionadas entre sí, sino como un sistema jurídico en última instancia justificado por razones de moralidad política<sup>4</sup>, o -en otras palabras- dotado de cierta “legitimidad”<sup>5</sup>. La mejor interpretación de la práctica que debe buscar nuestra intérprete será entonces aquella que sea más coherente con la versión más legítima del sistema jurídico internacional.

En esta sección quiero recapitular brevemente algunas ideas largamente debatidas entre las y los teóricos políticos respecto de la legitimidad del derecho (especialmente en el ámbito nacional<sup>6</sup>), para luego considerar, en la próxima sección, si estas consideraciones son igualmente aplicables en el contexto del derecho internacional. Específicamente, aquí quiero sugerir que lo que dota de legitimidad a las normas jurídicas -principalmente<sup>7</sup>- es que estas hayan sido creadas de modo democrático, es decir, a través de un procedimiento respetuoso del igual estatus moral de las y los ciudadanos a quienes les serán aplicadas<sup>8</sup>. El argumento tiene cuatro pasos, en los que iré derivando principios del más abstracto al más concreto: (1) el principio de igualdad moral, (2) el principio de

---

<sup>4</sup> Véanse los capítulos 2 y 3 de esta tesis.

<sup>5</sup> La legitimidad puede ser definida como “el derecho moral de gobernar” [*right to rule*]: “Una institución legítima tiene el derecho de gobernar a las personas sujetas a esa institución. Tiene la capacidad de tomar decisiones políticas en el nombre de todos. Y gana este derecho (mayormente) por *quiénes* representa y por *cómo* son tomadas sus decisiones” (MARTÍ, 2017, p. 731). Véase, generalmente, BESSON, 2010; CHRISTIANO, 2013; J. COHEN, 1989; MARTÍ, 2017; PETER, 2008, 2017.

<sup>6</sup> “La cuestión de la inclusión en la teoría democrática se ha enfocado mayormente en la relación entre los ciudadanos y sus Estados. Los teóricos han tratado de proveer una explicación de los derechos políticos de los individuos que viven bajo la autoridad legítima de un gobierno democrático. Estas explicaciones buscan proveer fundamento a la idea de que los ciudadanos adultos viviendo bajo tal autoridad deberían ser tratados como iguales que tienen, entre otras libertades, derechos a participar en las decisiones de ese Estado”. No obstante, “los teóricos de la democracia deberían expandir su mirada más allá del Estado para incluir otras organizaciones que afectan a los ciudadanos y el orden social más ampliamente” (FUNG, 2013, p. 236).

<sup>7</sup> No quiero entrar aquí en discusiones acerca de las precondiciones de la democracia, y la relación entre democracia y derechos (para análisis detallados y precisos del tema, véanse por ejemplo, HABERMAS, 1996, pp. 82–130; MARTÍ, 2008b; NINO, 1989, 1996). Me basta aquí con partir de un punto que creo ampliamente consensuado: que al menos *gran parte* de la legitimidad del derecho proviene de que las normas sean establecidas a través de procedimientos democráticos.

<sup>8</sup> Esta definición genérica de democracia está construida a partir de CHRISTIANO, 2015 (la democracia es “un método de toma de decisiones caracterizado por un tipo de igualdad entre los participantes en una etapa esencial del proceso de toma de decisiones colectivo”) y VALENTINI, 2014, p. 791 (“todos aquellos a los que se les apliquen estas decisiones [deben tener] la posibilidad de participar, como iguales, en su creación”). El consenso entre las y los autores respecto de este tipo de definiciones se da en un alto grado de generalidad, y existen luego notables diferencias en cuanto a qué implica cada una de las distintas partes del enunciado; por ejemplo, qué cuenta como una norma, quiénes son ciudadanos, qué procedimientos respetan la igualdad, y cuál es la justificación de este principio democrático. En el próximo capítulo defenderé una teoría de la democracia robusta, inclusiva y deliberativa, que tiene como centro el derecho a la participación de la ciudadanía.

autogobierno individual, (3) el principio de autogobierno colectivo, y (4) el principio de autogobierno democrático.

El primer paso consiste, entonces, en (1) identificar el principio que constituye “el corazón de todas las teorías políticas plausibles”<sup>9</sup>, al que se puede remontar en última instancia todo argumento en el discurso moral<sup>10</sup>: el *principio de igualdad moral* (o “igualdad profunda”, o “igualdad abstracta”<sup>11</sup>), según el cual todos los seres humanos están investidos de la misma dignidad y son pasibles del mismo respeto por parte de los demás<sup>12</sup>. Este principio parece ser compartido por todas y todos los filósofos políticos contemporáneos -desde el liberalismo igualitario hasta el republicanismo, pasando por el feminismo y el liberalismo conservador- pese a que luego difieran en cuanto a su contenido y sus consecuencias<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> KYMLICKA, 2002, p. 4. Véase también DWORKIN, 1977 (“El derecho a la igual consideración y respeto, entonces, es más abstracto que las concepciones estándar de la igualdad que distinguen distintas teorías políticas. Permite argumentos de que este derecho básico requiere una u otra de estas concepciones como un derecho o un objetivo derivativo”); RAWLS, 1971, p. 511 (“Algunos autores han distinguido entre la igualdad como es invocada, en relación con la distribución de ciertos bienes, algunos de los cuales seguramente darán mayor status o prestigio a aquellos más favorecidos, y la igualdad aplicada al respeto que se les debe a las personas sin perjuicio de su posición social. La igualdad del primer tipo está definida por el segundo principio de justicia... Pero la igualdad del segundo tipo es fundamental.”); SEN, 2009, p. 291 (“toda teoría normativa de la justicia social que ha recibido apoyo en tiempos recientes parece demandar igualdad de *algo* – algo que es visto como particularmente importante en esa teoría”); y, más generalmente, SEN, 1992.

<sup>10</sup> Esto puede ser consecuencia de que el principio puede ser concebido como un prerequisite pragmático del discurso moral: si no se reconoce la igualdad de estatus de los demás participantes de la deliberación, no habrá intercambio de razones posible. Véase, en este sentido, HABERMAS, 1996, p. 108; NINO, 2014, p. 174.

<sup>11</sup> WALDRON, 2017, p. 2.

<sup>12</sup> Véase ALEGRE, 2010, p. 13. Este principio de igualdad moral, entonces, no se refiere a la igualdad en el sentido de distribución equitativa del ingreso, sino en una perspectiva más abstracta y más profunda: la idea de tratar a las personas ‘como iguales’.

<sup>13</sup> “En la filosofía política contemporánea”, explica Marcelo Alegre, “se considera usualmente como obvia la plausibilidad de al menos alguna versión del principio de igualdad” (ALEGRE, 2010, p. 13). Así, John Rawls sostiene famosamente que “cada persona debe tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales compatible con un esquema similar de libertades para otros” (RAWLS, 1971, p. 53), Ronald Dworkin afirma que la “[i]gual consideración es la virtud soberana de la comunidad política – sin ella, el gobierno es solo tiranía” (DWORKIN, 2000, p. 1), Carlos Nino defiende la idea explícitamente igualitaria de “maximizar la autonomía de cada individuo por separado en la medida en que ello no implique poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos” (NINO, 1989, p. 345), Jürgen Habermas afirma que “solo son legítimas aquellas regulaciones que satisfagan el requisito de que los derechos de cada uno y cada una sean compatibles con iguales derechos para todos y todas” (HABERMAS, 1996, p. 124), y Jeremy Waldron sostiene que “el principio de igualdad básica opera como una patrulla o un disciplinador de la forma en que discutimos” acerca de cuestiones de igualdad más superficiales (WALDRON, 2017, p. 14). Todo esto ha llevado a autores como Ronald Dworkin a afirmar que el pensamiento político actual parte de un terreno compartido, constituido por la adhesión común a un concepto de igualdad, a partir del cual se desarrollan las concepciones divergentes de dicho valor. En el mismo sentido, Amartya Sen ha señalado que hoy todos somos igualitarios, aunque diferimos en el “foco”



Una de las derivaciones directas de este ideal de igualdad es que las personas tienen una obligación moral de tratar con respeto las elecciones de los demás, a menos que estas vayan en detrimento del igual estatus del resto. Si la otra persona tiene el mismo estatus moral que yo, entonces sus elecciones son tan valiosas y respetables como las mías. Como explica Jeremy Waldron, “ser respetado como un igual implica (entre otras cosas) ser respetado como un agente, y como un decisor responsable”<sup>14</sup>. Se delimita así un ámbito de libertad negativa -aquel en el que el individuo decide y actúa sin afectar las libertades iguales de otros y otros<sup>15</sup>- en el cual las personas no tienen ninguna obligación de justificar sus acciones frente a los demás<sup>16</sup>. Cualquier restricción que se imponga sobre la conducta en este ámbito<sup>17</sup> -sea quien sea que la imponga- será ilegítima, al constituirse en una falta de respeto al igual estatus de aquellas o aquellos a quienes se les restringe la conducta. Existe, entonces, (2) un *principio de autodeterminación o autogobierno individual*, que se deriva del igual estatus moral de todas las personas<sup>18</sup>.

---

de la igualdad. Así, aun autores decididamente conservadores como Nozick o Hayek serían de algún modo igualitarios, en tanto adhieren a la idea de igualdad moral, de acuerdo con la cual todos los seres humanos están investidos de la misma dignidad y son pasibles del mismo respeto por parte del Estado.” (ALEGRE, 2010, p. 13). Véase también KYMLICKA, 2002, pp. 3–4.

<sup>14</sup> WALDRON, 2017, p. 13. Waldron además afirma que “[i]gnorar las opciones de los demás no es tratarlos como iguales” (WALDRON, 2017, p. 13).

<sup>15</sup> Existe una extensa bibliografía en torno a cuándo es que esas decisiones afectan las libertades de otros, permitiendo así la interferencia estatal. Véase, clásicamente, MILL, 2010, y más generalmente, ALEGRE, 2011; FEINBERG, 1986, 1987; NINO, 1979, 1989, pp. 199–236; H. STEWART, 2010; VON HIRSCH, 2014.

<sup>16</sup> Habermas explica que “la autonomía privada de un sujeto jurídico puede ser entendida esencialmente como la libertad negativa de salir del espacio público de obligaciones discursivas hacia una posición de observación e influencia mutua. La autonomía privada permite que el sujeto jurídico no deba darles a otros una justificación, o dar razones públicamente aceptables para sus planes de acción. Las libertades otorgadas jurídicamente le dan a uno el derecho de salirse de la acción comunicativa, de negar obligaciones discursivas; establecen un espacio de privacidad libre de la carga de libertades comunicativas recíprocamente reconocidas y esperadas” (HABERMAS, 1996, p. 120).

<sup>17</sup> Uso el término “restricción” aquí en un sentido amplio, tratando de abarcar así tanto las teorías liberales -que conciben a la libertad como la ausencia de interferencia- como a las teorías republicanas -que conciben a la libertad como ausencia de dominación- (véase, al respecto, BESSON & MARTÍ, 2009; GARGARELLA, 1999, pp. 161–190; LOVETT, 2013; PETTIT, 1997). Creo que la distinción no es relevante para mi argumento en este punto, aunque sí puede serlo -al menos parcialmente- más adelante: véase la sección II de este capítulo.

<sup>18</sup> Carlos Nino llama a este principio “de autonomía de la persona”, y lo define como aquel que prescribe “que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Éste es el principio que subyace al principio más específico y menos fundamental que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros; tal interferencia es objetable en tanto y en cuanto ella puede impugnar abandonar la neutralidad respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuos” (NINO, 1989, pp. 204–205).

Pero este principio, que Habermas denomina de “autonomía privada”<sup>19</sup>, tiene una contracara, que él denomina el principio de “autonomía pública”<sup>20</sup>. Fuera del espacio protegido por el principio de autodeterminación individual, es decir, en el ámbito en el cual las decisiones son “públicas”<sup>21</sup>, las voluntades, opiniones e intereses de las personas también deben ser respetados. Así como en ese ámbito individual el principio de igualdad moral manda el respeto de las decisiones de ese individuo, en el ámbito intersubjetivo el principio manda el respeto de las decisiones del colectivo de individuos relevante<sup>22</sup>. En otras palabras, así como un individuo está generalmente mejor posicionado que un tercero para ser “el juez final” respecto de su propio bien<sup>23</sup>, un grupo de individuos está generalmente mejor posicionado que un tercero (o grupo de terceros) para decidir sobre el suyo<sup>24</sup>. Por esta sencilla razón, el derecho -que es, casi por definición, el resultado de decisiones “públicas”- solo es legítimo cuando estas decisiones son tomadas por el grupo de personas al que se les aplican esas normas, y no por otras personas. Así como al

---

<sup>19</sup> HABERMAS, 1996, p. 120. Como explica Habermas, reconocer la existencia de este tipo de derechos negativos no implica “referirse a individuos atomistas y separados que están enfrentados unos con otros, posesivamente. Por el contrario, como elementos del sistema jurídico presuponen la colaboración entre sujetos que se reconocen los unos a los otros, en sus derechos y deberes recíprocos, como ciudadanos libres e iguales. Este reconocimiento mutuo es constitutivo del sistema jurídico del que se derivan los derechos” (HABERMAS, 1996, p. 88).

<sup>20</sup> Véase generalmente, HABERMAS, 1996, pp. 84–104. Para una expresión de esta idea leída como un derecho humano “de cada individuo a participar en decisiones que afecten su desarrollo”, véase BENVENISTI, 2014a, p. 105.

<sup>21</sup> Volveré sobre este punto en la segunda parte de este capítulo, pero sobre esta idea de que las decisiones relevantes son aquellas que son “políticas”, véase generalmente MARTÍ, 2006a, pp. 82–84.

<sup>22</sup> Besson y Martí fundan el análisis de la legitimidad democrática en ideas similares: “Asumimos que la mejor versión de la idea de legitimidad política es la democrática. (...) Creemos que esta presunción captura al menos una intuición básica y extendida acerca de que esta es la mejor forma de proteger la igualdad individual en los procesos de decisión pública en contextos de desacuerdo razonable, y que el opuesto de la democracia, el autoritarismo, nunca puede ser legítimo en este contexto” (BESSON & MARTÍ, 2018, p. 6).

<sup>23</sup> MILL, 2010, p. 163. Véase también MARCHETTI, 2008, p. 209. Los casos en que esta regla no aplica son muy excepcionales: podría pensarse en niñas y niños muy menores, o en personas que estén temporalmente inconscientes, o afectadas por algún tipo de enfermedad que les impida tomar sus decisiones autónomamente.

<sup>24</sup> “Así como los agentes a nivel individual tienen un derecho fundamental de elegir su destino, a nivel colectivo los grupos tienen derecho de tomar decisiones autónomas sobre su futuro. Esto significa, por lo tanto, que un ejercicio legítimo de la autodeterminación política y de la autorregulación debe estar basado en la igual ciudadanía, dado que solo reteniendo de forma igualitaria y simultánea su estatus de legisladores y sujetos es que los ciudadanos permanecen libres de determinar su destino. La implementación colectiva del principio de libertad de elección se conecta con el principio democrático de capacidad de respuesta, es decir, congruencia entre quienes toman las decisiones y quienes son afectados por estas decisiones” (MARCHETTI, 2008, p. 211).

principio anterior lo llamé de autogobierno individual, a este, nuestro tercer principio, lo podemos llamar (3) *principio de autogobierno colectivo*<sup>25</sup>.

El reconocimiento de este principio ya es bastante útil para nuestra intérprete en su búsqueda del ideal a la luz del cual leer la práctica. Pero todavía es insuficiente, porque deja abiertas dos preguntas cruciales. La primera es cómo determinar quiénes son los miembros de ese colectivo, y cuándo es que esas decisiones se les aplican. Afirmar que un grupo de individuos está mejor posicionado que otro(s) para decidir sobre sus propios asuntos implica, primero, que existe tal cosa como un colectivo de individuos, y segundo, que ese colectivo de individuos ha establecido relaciones tales que necesita tomar decisiones en conjunto (decisiones del tipo que llamé “públicas”)<sup>26</sup>. Volveré sobre este punto en la próxima sección.

La segunda pregunta, en tanto, tiene que ver con cómo identificar la voluntad de ese colectivo que se autogobierna, algo particularmente complejo dada la esperable proliferación de opiniones y voluntades dentro del grupo<sup>27</sup>. La bibliografía clásica, como relata Carlos Nino, ha tenido grandes dificultades en explicar cómo es que se le adscribe una voluntad específica a un colectivo de personas, tal como “el pueblo”<sup>28</sup>. Algunos han asociado la voluntad del pueblo a la de la unanimidad de los individuos que lo componen, haciendo del autogobierno un ideal imposible, ya que las decisiones solamente podrían ser tomadas en aquellos casos en que hubiera acuerdos completos, algo que es empíricamente poco frecuente<sup>29</sup>. Otros han identificado al pueblo con un subgrupo dentro de la sociedad -sea una mayoría circunstancial o un grupo fijo, como “los pobres”, o “el proletariado”-, haciendo del gobierno un resultado no de una decisión de todo el pueblo, sino solo de una fracción de él. Finalmente, numerosos autores han terminado asumiendo

---

<sup>25</sup> Una aplicación específica de esta idea es la que el derecho internacional ha codificado como el “principio de autodeterminación de los pueblos” (artículos 1.2 y 55 de la Carta de las Naciones Unidas, y artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Este principio aplica el ideal del autogobierno a un colectivo en particular: los “pueblos”. Para una discusión de la relación entre este principio y el ideal de autogobierno democrático, véase MAISLEY, 2015a.

<sup>26</sup> Esto es lo que Jeremy Waldron llama “circunstancias de la política”. Véase la discusión de la próxima sección y, generalmente, MARTÍ, 2012, p. 23; WALDRON, 2005, p. 171. Sobre la noción de decisiones colectivas, públicas y políticas, véase MARTÍ, 2006a, pp. 82–84.

<sup>27</sup> Véase al respecto, por ejemplo, J. COHEN, 1989, p. 28.

<sup>28</sup> NINO, 1989, p. 374 y ss.

<sup>29</sup> Véase la discusión de las teorías del autogobierno basadas en el consentimiento en CHRISTIANO, 2015. Véase también BESSON, 2016, pp. 300–301.

lo que Nino llama una “aproximación colectivista”<sup>30</sup>, según la cual “el pueblo” es entendido como una entidad inherentemente colectiva, una que trasciende al conjunto de individuos, teniendo una existencia, un bienestar, y un destino que no es reducible a los individuos que lo componen.

Un primer problema de este tipo de aproximaciones colectivistas es empírico. Como explica Seyla Benhabib, esta línea de razonamiento “simplemente reduce a los pueblos y sus historias a un contrafáctico holístico, que resulta en el aplanamiento de la compleja historia de discursos y respuestas que existe dentro y entre los pueblos”<sup>31</sup>. En la teoría política, esta constatación de las diferencias entre las y los ciudadanos de las distintas sociedades ha sido llamada “el hecho del pluralismo”<sup>32</sup>, o del “desacuerdo”<sup>33</sup>, y constituye un argumento central para sostener nuestro cuarto principio, (4) *el principio de autogobierno democrático*. Dado que es frecuente que existan desacuerdos entre los miembros del colectivo relevante en torno a qué decisiones tomar para resolver los problemas conjuntos, solamente puede decirse que existe una decisión que emana de ese colectivo si se sigue un procedimiento que sea respetuoso de las opiniones, voluntades e intereses de todas y todos sus integrantes<sup>34</sup>. El hecho del pluralismo determina, entonces, que solo puede existir autogobierno colectivo a través de procedimientos democráticos.

Pero la crítica más potente a las aproximaciones colectivistas -y el fundamento más sólido del ideal de autogobierno democrático- no es empírica sino teórica. Aun cuando no exista desacuerdo entre los miembros de un colectivo, decir que este tiene una cierta voluntad propia “solo tiene algún mínimo sentido, que no sea puramente metafórico, si se la asocia sistemáticamente con frases acerca de la conciencia o la racionalidad de algún individuo o grupo de individuos”<sup>35</sup>. Esto se debe a que un grupo de personas no tiene preferencias o intereses que no sean reducibles, de algún modo, a aquellas de sus

---

<sup>30</sup> NINO, 1989, pp. 376–377.

<sup>31</sup> BENHABIB, 2012, p. 203.

<sup>32</sup> Véase, generalmente, RAWLS, 1993.

<sup>33</sup> Véase BESSON, 2005; WALDRON, 1999a.

<sup>34</sup> Como explica Thomas Christiano, “cuando hay desacuerdo entre distintas personas acerca de cómo estructurar aquello que comparten y es importante estructurarlo en conjunto, la forma de decidir esos aspectos comunes debe ser mediante un proceso que sea justo con los intereses y las opiniones de cada uno de los miembros” (CHRISTIANO, 2013).

<sup>35</sup> NINO, 1989, p. 253.

integrantes<sup>36</sup>. Cuando se alegan los intereses de un conjunto, explica Carlos Nino, “pretendiendo que ellos son distintos de los intereses de los individuos que los integran, se está hipostasiando un punto de vista que no es más que el de ciertos individuos (y, no por casualidad, la satisfacción de aquellos intereses suele coincidir con la de los intereses de esos individuos)”<sup>37</sup>. El problema de las aproximaciones colectivistas no es entonces solamente contingente al desacuerdo, como parecía con el argumento empírico basado en el hecho del pluralismo. Aun cuando parezca existir un acuerdo entre las voluntades individuales, solo puede hablarse de la existencia de una voluntad colectiva cuando esta se constituya a partir de las voluntades individuales, en un procedimiento respetuoso de la autonomía de todas y todos - es decir, democrático<sup>38</sup>.

En conclusión, (1) el principio de igualdad moral, al reconocer la misma dignidad a todos los individuos, establece una obligación de respetar sus elecciones, en la medida en que ellas no afecten las de otras personas. Existe entonces un ámbito de (2) autonomía privada, dado que cada individuo es mejor juez respecto de su propio bien que cualquier tercero. Análogamente, (3) cualquier grupo de individuos que tenga que tomar decisiones sobre asuntos comunes estará mejor posicionado para tomar esas decisiones que un tercero o terceros. Pero (4) para que podamos decir que esas decisiones emanan verdaderamente de ese grupo, y no de ciertos miembros del grupo, o de otras personas, es necesario un procedimiento que sea respetuoso de las voluntades, opiniones e intereses de todas y todos sus miembros – o, en otras palabras, un procedimiento democrático.

El derecho (nacional) es el mejor ejemplo del tipo de decisiones intersubjetivas cubiertas por el principio de autogobierno colectivo y, por lo tanto, por el principio de autogobierno democrático<sup>39</sup>. Respetar el igual status moral de las personas implica respetarlas como agentes capaces de elegir cómo conducir sus destinos, tanto individual

---

<sup>36</sup> Véase al respecto, generalmente, NINO, 1989, pp. 246–255, 2013, pp. 119–124; POGGE, 2004, p. 1744; TESÓN, 1998, p. 27.

<sup>37</sup> NINO, 1989, p. 254.

<sup>38</sup> No es, entonces, ni siquiera la sumatoria de las voluntades o preferencias individuales lo que constituye la voluntad colectiva. Estas deben ser sometidas a un procedimiento interactivo, en el cual las y los miembros del grupo puedan reevaluar su propia posición a la luz de lo que ocurre con las y los demás. Véase, al respecto, por ejemplo, J. COHEN, 1989, p. 28; NINO, 1996, Capítulo 4.

<sup>39</sup> Además de estos principios, como vimos, la legitimidad del derecho dependerá del respeto de la autonomía privada de los individuos, una cuestión relacionada ya no con el origen sino con el contenido del derecho (para esta distinción entre origen y contenido, véase MARTÍ, 2017, p. 731; NINO, 1985, p. 95). Como dice Habermas, “un sistema jurídico solo puede ser legítimo si no contradice principios morales básicos” (HABERMAS, 1996, p. 106), como el de igualdad moral, y el de autonomía privada.

como colectivamente. Entonces, para que el sistema jurídico sea legítimo, es decir, para que esté moralmente justificado, es necesario “que aquellos que tengan al derecho como destinatarios puedan al mismo tiempo entenderse a sí mismos como autores del derecho”<sup>40</sup>. Si las normas no son resultado de un procedimiento democrático, son entonces ciertos miembros del grupo -o, incluso, terceros- quienes están decidiendo por esas personas a las que les serán aplicadas, cuyo igual estatus moral y su correlativa capacidad de autodeterminación no está siendo respetada. El derecho, entonces, para ser legítimo, requiere de la existencia de procedimientos democráticos de toma de decisiones de modo tal que sean aquellos y aquellas a los que se les apliquen las normas quienes sean simultáneamente sus autores y autoras.

## **II. LAS OBJECIONES: ¿SE APLICA LA PRESUNCIÓN GENERAL AL DERECHO INTERNACIONAL?**

Las consideraciones de teoría política que relevé en la sección anterior son muy importantes para nuestra intérprete y su búsqueda de la mejor versión posible de la práctica relevada en los capítulos anteriores. Pero en la sección pasada el foco no estuvo puesto en el derecho internacional, sino en el derecho en general. La pregunta, entonces, es en qué medida esta presunción que hemos identificado en abstracto es aplicable también al derecho internacional.

Podrían plantearse dos objeciones a la idea de que la legitimidad del derecho internacional depende del respeto al principio de autogobierno democrático. La primera (1) tiene que ver con los sujetos relevantes que componen el colectivo que se autogobierna y crea el derecho, es decir, aquellos a los cuales se les debe respetar su espacio de autodeterminación. En el derecho nacional, es claro que se trata de los ciudadanos del Estado-nación, pero en la mirada clásica del derecho internacional, el sujeto relevante no son las y los ciudadanos, sino que son los Estados mismos. La segunda (2) tiene que ver con la circunstancia que les otorga a las y los ciudadanos la posibilidad de exigir que sus voluntades, opiniones e intereses sean considerados en el procedimiento del colectivo relevante. Dijimos en la sección pasada que el derecho, para ser legítimo, debe ser resultado de procesos respetuosos de las elecciones de las y los “destinatarios” del derecho, o de “aquellos a quienes se les aplique”. En el caso del derecho nacional, aun

---

<sup>40</sup> HABERMAS, 1996, p. 120.

cuando pueda haber ciertas controversias, parece claro que esta categoría refiere, nuevamente, a las y los ciudadanos del Estado-nación. Pero en el derecho internacional, la cuestión es, otra vez, un poco más compleja, particularmente dada la ausencia de mecanismos coercitivos de ejecución de lo prescripto en las normas.

En lo que sigue, argumentaré, primero, (1) que nuestra intérprete debe evaluar la legitimidad de la práctica antes relevada en función del respeto de la autonomía no de los Estados, sino de los individuos. Y segundo, (2) que esta consideración del igual estatus moral de los individuos vuelve aplicables al derecho internacional exigencias de legitimidad democrática similares a las del derecho nacional.

## **1. LOS INDIVIDUOS COMO SUJETOS ÚLTIMOS DEL DERECHO NACIONAL Y DEL DERECHO INTERNACIONAL**

En la sección anterior, sugerí que un sistema jurídico es legítimo cuando las y los ciudadanos que son sus destinatarios pueden participar democráticamente en el proceso de toma de decisiones por el cual se lo establece. El argumento, tal como lo presenté, es aplicable a cualquier sistema jurídico, incluyendo el derecho internacional: en la medida en que se trate de cuestiones intersubjetivas, las decisiones deben ser tomadas por el colectivo de personas a quienes estas les serán aplicadas, independientemente de que estas personas se encuentren dentro o fuera de un mismo Estado-nación. El sujeto relevante para analizar la legitimidad del derecho, incluido el derecho internacional, es siempre el individuo.

En lo que sigue, quiero defender esta conclusión de dos argumentos que pueden ser reconstruidos como objeciones a ella: una es la de la concepción clásica del derecho internacional, que adopta como sujetos originarios del sistema a los Estados, y no a los individuos, y la otra es la que John Rawls presenta en *The Law of Peoples*, que adopta a los pueblos como unidad última de consideración moral para analizar la legitimidad de la regulación internacional.

### **1.1. Los problemas de la concepción estatista del derecho internacional**

Una primera objeción a la conclusión de que existe una exigencia de legitimidad democrática respecto del derecho internacional puede estar basada en el tipo de sujetos relevantes para el análisis de la justificación moral del sistema. El derecho internacional, según una mirada tradicional aún muy difundida en la disciplina, no es un sistema de

normas aplicables entre individuos, sino entre Estados<sup>41</sup>, y por lo tanto su legitimidad debe ser evaluada en relación al consentimiento de estos últimos, y no de la participación de los primeros.

La formulación más famosa de esta idea es la contenida en la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el seminal *Caso del S.S. Lotus*, de 1927. En esa ocasión, la Corte afirmó que, en derecho internacional, “no se pueden presumir restricciones a la independencia de los Estados”<sup>42</sup>. Esto quiere decir, entonces, que ni la voluntad ni los intereses de ningún otro sujeto pueden presumirse razones válidas para imponerles cursos de conducta a los Estados. La única forma de que la soberanía de los Estados ceda es que los propios Estados así lo consientan<sup>43</sup>. Entonces, dado que las únicas restricciones válidas a la soberanía estatal son las que derivan de la propia soberanía estatal, la subjetividad de otros entes (como las organizaciones internacionales, o los individuos) -y, por lo tanto, la relevancia de sus intereses o voluntades en el discurso jurídico internacional- es solo derivada, y depende enteramente de la voluntad de los propios Estados<sup>44</sup>.

La objeción es potente porque parece coherente con el razonamiento del punto anterior: si los destinatarios de las normas son los Estados, entonces los Estados deberían ser los autores de esas normas<sup>45</sup>. Las normas de derecho internacional regulan la conducta de los Estados; por lo tanto, son vinculantes cuando -como sostuvo la CPIJ en *Lotus*-

---

<sup>41</sup> Hans Kelsen, por ejemplo, explicaba que “el derecho internacional, o el derecho de las naciones, es el nombre de un conjunto de reglas que -según la definición clásica- regula la conducta de los Estados en sus relaciones entre sí” (KELSEN, 1966, p. 3). Para una defensa adicional de esta idea, véase OPPENHEIM, 1905, p. 341 (“dado que el derecho de las naciones es un derecho única y exclusivamente entre Estados, única y exclusivamente los Estados son sujetos del derecho de las naciones”); HENKIN, 1989, pp. 21–44 (“el Estado es la unidad básica, el átomo del sistema; el sistema es la agregación de Estados en relación con los otros”). Philip Allott, no obstante, sostiene que esta mirada solo apareció en el derecho internacional en el siglo diecinueve, como resultado de la influencia de Emmer de Vattel (ALLOTT, 2004, pp. 399–422). Para un análisis general del tema, véase BRUNÉE, 2010; DWORKIN, 2013, pp. 15–16; PORTMANN, 2010, pp. 42–125. Para una visión más matizada de la idea clásica de soberanía, particularmente en Vattel, véase BARREIROS, 2009.

<sup>42</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso del S.S. Lotus*, P.C.I.J. Ser. A, No. 10 (1927), p. 18.

<sup>43</sup> Para una revisión del punto, véase BRUNÉE, 2010. Para una mirada crítica (pero que defiende al consentimiento por otras razones), BESSON, 2016.

<sup>44</sup> Véase, generalmente, PORTMANN, 2010, Capítulos 1–2.

<sup>45</sup> Como se observa de esta formulación de la objeción, el argumento es distinto de aquel que presentan quienes defienden la importancia del consentimiento estatal por razones propiamente democráticas, entendiendo que el procedimiento más respetuoso de la igualdad *de los individuos* para tomar decisiones internacionales es uno en el cual las personas sean representadas por el Estado-nación del cual son nacionales. Este es el argumento, por ejemplo, de BESSON, 2016; CHRISTIANO, 2010; KYMLICKA, 2001.



“emanan de su propia voluntad”<sup>46</sup>. Como explica Hugh Thirlway, “es la voluntad colectiva de los Estados, que son los miembros de la comunidad regulada por el derecho internacional, la que subyace al derecho por el cual están regidos”<sup>47</sup>.

Lo que quiero sugerir aquí es que hay al menos dos problemas con esta aproximación a la evaluación de la legitimidad del derecho internacional. El primer problema (1) es *empírico*, y tiene que ver con la premisa de que el derecho internacional tiene como exclusivos destinatarios a los Estados. Esta afirmación puede haberse considerado cierta, a grandes rasgos, hasta hace aproximadamente un siglo, un tiempo en el que las normas internacionales se reducían al propósito de asegurar la coexistencia pacífica de distintos Estados<sup>48</sup>. Pero es indudable que el derecho internacional ha cambiado significativamente, regulando de modo cada vez más decisivo cuestiones que antes quedaban reservadas a la esfera soberana de los Estados-nación<sup>49</sup>. En efecto, gracias al proceso de globalización, es cada vez más difícil pensar en un área de gobierno que no esté influenciada de modo decisivo por reglas internacionales. Solo por dar algunos ejemplos: el uso del poder punitivo está restringido por el derecho internacional de los derechos humanos, la regulación financiera está enmarcada en normas internacionales de prevención de lavado de dinero, la explotación de recursos naturales se ve limitada por normas ambientales y de respeto a los derechos de los pueblos indígenas, y los programas impositivos son evaluados en función de su afectación a normas de comercio internacionales. En la medida en que las normas internacionales son cada vez más decisivas de las conductas que les serán exigidas a los individuos, pierde fuerza el argumento de que los intereses que deben ser respetados en el proceso de creación del derecho internacional son los de los Estados.

Por otra parte, la concepción estatista reflejada en la cita clásica de *Lotus* según la cual no se pueden presumir restricciones a la independencia de los Estados difícilmente pueda sostenerse hoy como una regla válida de derecho internacional en sí misma. Uno de los cambios centrales que atravesó el derecho internacional en el último siglo fue la

---

<sup>46</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso del S.S. Lotus*, P.C.I.J. Ser. A, No. 10 (1927), p. 18.

<sup>47</sup> THIRLWAY, 2014, p. 11.

<sup>48</sup> Véase la discusión en WEILER, 2004.

<sup>49</sup> Véase nuevamente la discusión en WEILER, 2004 y véase también BENVENISTI, 2014b; S. CASSESE, 2004; KINGSBURY, 2009b, 2009a, 2015; KINGSBURY ET AL., 2005; KINGSBURY & STEWART, 2017; KINGSBURY, STEWART, MALONE, & SUNAMI, 2018; KRISCH, 2014; R. B. STEWART, 2014; WALKER, 2014.

expansión de la “comunidad internacional”<sup>50</sup>, particularmente a través del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, que convirtió explícitamente al individuo en sujeto originario del derecho internacional<sup>51</sup>. No existe demasiado margen para discutir este punto: en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados “reconocen” que los derechos contenidos en ambos tratados no son “cedidos” por los propios Estados, sino que “se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”<sup>52</sup>. En otras palabras, contradicen expresamente la regla de *Lotus*: lo que los Pactos hacen es precisamente presumir restricciones a la independencia de los Estados, en función de la dignidad de otro sujeto, el individuo. El propio derecho internacional reconoce, entonces, que el Estado y su soberanía ya no son la respuesta a todas las preguntas: la dignidad de los individuos aparece como su gran competidora<sup>53</sup> y, con ella, la atención de los intereses de las personas -y no de los Estados- se vuelve crucial para la evaluación de su legitimidad<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> El cambio es el que Joseph Weiler conceptualiza, a gran escala, como el pasaje de una era “transaccional” a una “comunitaria” (WEILER, 2004). Para un análisis algunos de los principales exponentes de esta concepción del derecho internacional en la que la comunidad parece extenderse más allá de los Estados, véase PETERS, 2009c, 2012; PINTO, 1983, 2008; SIMMA, 1994; TOMUSCHAT, 1999. Para un análisis de sus consecuencias en las discusiones de subjetividad, véase ESPÓSITO, 1999, pp. 55–56; PINTO, 2005a; PORTMANN, 2010, pp. 126–172.

<sup>51</sup> Louis Henkin explicó famosamente que el año “1945 vio un pequeño, pero claro, firme y robusto paso de los valores estatales hacia los valores humanos, una pequeña pero clara derogación de la ‘soberanía’ estatal. La condición de los derechos humanos se volvió una cuestión de preocupación internacional en principio, y también, de hecho, crecientemente. Lenta, imperceptiblemente, cómo cualquier Estado trataba a un ser humano se volvió, en principio y hasta cierto punto de hecho, ‘una preocupación internacional’, un asunto de *todos*. El derecho internacional de los derechos humanos penetró al Estado monolítico sin posibilidad de reparación” (HENKIN, 1996, p. 34).

<sup>52</sup> PIDCyP, preámbulo; PIDESC, preámbulo.

<sup>53</sup> En realidad, la idea de soberanía permanece, pero se reconceptualiza. W. Michael Reisman sostiene que “aunque el venerable término ‘soberanía’ continúa siendo usado en la práctica jurídica internacional, su referente en derecho internacional moderno es bastante distinto. El derecho internacional todavía protege la soberanía, pero -no sorprendentemente- es una soberanía popular, y no una soberanía del soberano” ().

<sup>54</sup> “En última instancia, los Estados no son los portadores de valor último. Existen por el bien de los individuos humanos. Para usar la terminología de Kant, no son fines en sí mismos, sino medios para la provisión, protección, y libertad de aquellos que son fines en sí mismos. Esto es aceptado en la filosofía del derecho nacional, cuando se dice que el Estado existe para el bien de sus ciudadanos, y no al revés. Creo que lo mismo es cierto en la esfera internacional, en la cual los Estados son reconocidos por el derecho internacional como fideicomisarios [*trustees*] de las personas a su cargo. Como fideicomisarios, se supone que deben operar legalmente y de un modo cuidadoso del mundo pacífico y ordenado que pretende el derecho internacional -un mundo en el que la violencia es limitada o mitigada, un mundo en el que los viajes, el comercio y la cooperación son posibles-, algo buscado no por el bien de los soberanos en sí mismos, sino por el bien de los millones de hombres, mujeres, comunidades y empresas cuyo cuidado está a su cargo. Estos millones son aquellos que van a sufrir si el orden internacional es afectado; son los que verán su prosperidad asegurada cuando el orden internacional sea asegurado. Su bienestar, y no el bienestar

Pero el problema central de considerar a los Estados como únicos destinatarios del derecho internacional, y de evaluar su legitimidad en función de sus intereses, no es empírico, sino más bien (2) *conceptual*. Como un vestigio de los tiempos de las monarquías absolutas, la teoría clásica entiende a los Estados como entes unívocos<sup>55</sup>, asimilables en diversos aspectos a una persona física<sup>56</sup>. No obstante, como vimos en la sección anterior, los entes colectivos como los Estados, al no ser autoconscientes -en el sentido de tener una mente autónoma y un sistema nervioso propio-, no pueden ser considerados verdaderas personas morales, y toda referencia a sus intereses o voluntades es en última instancia reducible a aquellas de los miembros que los componen<sup>57</sup>. Cuando se dice que los destinatarios del derecho internacional son los Estados, entonces, debe entenderse -a los fines de evaluar en términos morales la legitimidad del derecho- que quienes están regidos por esas normas son las y los ciudadanos de ese Estado, y no “el Estado” mismo<sup>58</sup>. En consecuencia, el proceso de creación de normas de derecho internacional, para ser legítimo, debe ser respetuoso de la igualdad moral no de los

---

de los Estados-nación soberanos, es el fin último del derecho internacional. En ningún otro lado queda esto tan claro como en el rol del derecho internacional en articular una serie de estándares comunes para la protección de los derechos humanos. Un pedante puede ver esto como una desviación del carácter esencialmente intergubernamental del derecho internacional. Pero en realidad, esto es una consumación del concepto de que un gobierno es un fideicomisario de los intereses de su pueblo: en última instancia, el derecho internacional está orientado al bienestar de los individuos, más que a la libertad de los Estados” (WALDRON, 2011a, pp. 325–326).

<sup>55</sup> Benedict Kingsbury explica que “las teorías tradicionales que entienden al derecho internacional como *jus inter gentes* (del tipo representado por el tratado de 1905-1906 de Lassa Oppenheim) abrazan un estatismo rústico pero robusto, que analiza al Estado como una personalidad jurídica con una única mente rectora. Estas teorías, no obstante, no toman en cuenta el hecho de que los Estados son productores de reglas nacionales que crecientemente deben cumplir condiciones para constituirse en derecho que van más allá de ser órdenes apoyadas por sanciones: estas reglas nacionales tienen un elemento público [*publicness*] en su orientación” (KINGSBURY, 2009a, p. 168).

<sup>56</sup> El derecho, en tanto, es asimilado al derecho privado con el que las personas regulan sus interacciones mutuas: la analogía clásica en derecho internacional es entre el contrato y el tratado. Sobre los problemas de esta analogía, véase, por ejemplo, PETERS, 2012; SIMMA, 1994.

<sup>57</sup> NINO, 1989, pp. 246–255, 2013, pp. 119–124; POGGE, 2004, p. 1744; TESÓN, 1998, p. 27.

<sup>58</sup> “Al menos parcialmente, la razón por la que valoramos al derecho internacional es porque ofrece mejorar las vidas de personas reales, millones de ellas -hombres, mujeres, y niños- en el mundo. Formalmente, decimos que los sujetos del derecho internacional son los soberanos nacionales, y que las personas del mundo son como enseres [*chattels*] que pertenecen a los soberanos. Pero nadie quiere ser escuchado diciendo una cosa así hoy en día, al menos fuera de las torres de un angosto escolasticismo. El propósito real del derecho internacional y, en mi mirada, del Estado de derecho en la esfera internacional, no es la protección de los Estados soberanos, sino la protección de las poblaciones a su cargo. Las personas no son vistas hoy en día meramente como enseres de los poderes soberanos, y es dudoso que alguna vez lo hayan sido” (WALDRON, 2011a, p. 325).

Estados, sino de los individuos a los que en última instancia se le apliquen esas normas<sup>59</sup>. Si hubiera buenas razones para defender la igualdad de los Estados, estas deberían basarse en el rol que estos cumplen en representar los intereses de sus ciudadanas y ciudadanos, y no en el respeto de los intereses de los Estados *per se*<sup>60</sup>.

Por lo tanto, el sujeto originario del derecho internacional -que es un sistema jurídico en última instancia justificado por razones de moralidad política- es necesariamente el mismo sujeto originario que el de la filosofía política en la cual se debaten esas razones de moralidad política: el individuo, investido de igual dignidad que sus pares. En consecuencia, cuando nuestra intérprete analice la pregunta interpretativa respecto del derecho a la participación considerando la práctica a la luz de criterios morales, los intereses que deberá tener en cuenta no serán -en última instancia- los de los Estados, sino los de los individuos. Ello no significa que los intereses de los Estados no sean relevantes, por supuesto, pero sí que su relevancia estará dada por su utilidad en proteger intereses individuales<sup>61</sup>.

## **1.2. Los problemas de la concepción basada en “los pueblos” de John Rawls**

La segunda posición que puede ser reconstruida como una objeción a mi propuesta de evaluar la legitimidad del derecho internacional a partir de los intereses de los individuos es -quizás algo sorpresivamente- la teoría que John Rawls construyó en su libro *The Law of Peoples*<sup>62</sup>, en el que exploró la extensión de su teoría de la justicia al ámbito nacional. A diferencia de lo que ocurría en su teoría para la esfera nacional<sup>63</sup>, en la cual los únicos sujetos relevantes para las consideraciones de legitimidad y justicia eran los individuos, en la teoría internacional rawlsiana, como explica Thomas Pogge, “los *pueblos* son reconocidos como las unidades últimas de preocupación moral, esto es, como

---

<sup>59</sup> En este punto queda clara la conexión entre el discurso moral y la interpretación del derecho internacional. Si es cierto que para cerrar la regresión infinita kelseniana es necesario acudir a argumentos extrajurídicos, y que estos argumentos se enmarcan necesariamente en el discurso moral, entonces los sujetos últimos del derecho internacional tienen que ser los sujetos últimos del discurso moral. En otras palabras, los intereses que deben tener en cuenta las razones presentadas por los participantes de uno y otro discurso deben ser los de los mismos sujetos: de lo contrario, no se enmarcarían el uno en el otro. El problema es que, mientras que la concepción clásica del derecho internacional tiene como sujeto último al Estado, el discurso moral tiene siempre como sujeto último al individuo.

<sup>60</sup> Para argumentos de este tipo, véase, por ejemplo, BESSON, 2016; CHRISTIANO, 2010; KYMLICKA, 2001.

<sup>61</sup> Véase, en esta línea, CHRISTIANO, 2016, sobre todo a la luz de CHRISTIANO, 2010.

<sup>62</sup> RAWLS, 1999

<sup>63</sup> Véase, principalmente, RAWLS, 1971, 1993, 2001.

colectivos con intereses que no son reducibles a los intereses de las personas individuales”<sup>64</sup>. En efecto, dice Pogge, en la teoría global de Rawls, “los intereses de los individuos no son tenidos en cuenta de ningún modo a los fines de seleccionar y justificar un conjunto de reglas que gobiernen la conducta estatal”<sup>65</sup>.

Creo que pueden encontrarse dos tipos de razones detrás de la opción de Rawls por los pueblos como sujetos relevantes para participar en la posición originaria internacional. Las primeras (1) son aquellas que fundan la primacía de “los pueblos” en los intereses de los propios individuos. Andrew Kuper describe a este argumento como uno de “incorporación”: “si se estipula que los pueblos deben tomar en cuenta los intereses de sus miembros, y todas las personas son miembros de los pueblos, entonces se tienen en cuenta y se consideran los intereses de todas las personas”<sup>66</sup>. Ahora bien, si este es verdaderamente el argumento central detrás de la idea de Rawls, entonces no podemos decir que los pueblos sean los sujetos últimos de consideración moral: en todo caso, se trata de un planteo individualista que asume que la mejor forma de considerar los intereses de las personas es a través de este tipo de mecanismo institucional, en el cual prima la voluntad colectiva. Si esta fuera la lectura correcta de Rawls, entonces él también coincidiría en que la legitimidad del derecho internacional debe evaluarse en función de la igualdad moral de los individuos.

Pero creo que hay indicios significativos en *The Law of Peoples* y en la literatura posterior para considerar que (2) las razones que están detrás del argumento de Rawls son genuinamente colectivistas, es decir, que están enfocadas a proteger los intereses de los pueblos sin perjuicio de lo que les ocurra a los individuos<sup>67</sup>. Charles Beitz identifica dos argumentos detrás de esta opción colectivista de Rawls. En primer lugar, dice Beitz, (a) Rawls parece sugerir que la decisión es pragmática, es decir, que está basada en consideraciones de realismo político<sup>68</sup>; según esta idea, el único sistema posible es uno en el cual los pueblos sean los agentes relevantes, aunque sea difícil de aceptar para los liberales. En segundo lugar, Beitz explica que, (b) para Rawls, cualquier otra

---

<sup>64</sup> POGGE, 2004, p. 1774, énfasis añadido.

<sup>65</sup> POGGE, 2004, p. 1774.

<sup>66</sup> KUPER, 2000, p. 645.

<sup>67</sup> Véase, al respecto BEITZ, 2000; KUPER, 2000, p. 643; NAGEL, 2005, p. 135; POGGE, 2004, p. 1774.

<sup>68</sup> BEITZ, 2000, p. 681; y véase RAWLS, 1999, pp. 15, 83.

aproximación podría resultar intolerante respecto de la diversidad de tradiciones políticas y culturas que existen en el mundo<sup>69</sup>; así, intentar imponer un paradigma individualista, como pretenden los cosmopolitas, puede ser entendido como un acto imperialista por el resto del mundo.

Creo que hay buenas respuestas para ambos argumentos. Con respecto al primero, (a) las consideraciones morales y las consideraciones estratégicas pueden y deben ser diferenciadas. Primero se debe dilucidar el ideal regulativo, en función de razones morales, y solo después pasar a considerar cuál es la mejor forma de acceder a ese ideal en la práctica<sup>70</sup>. El problema con la propuesta rawlsiana es que estas dos etapas están superpuestas, lo que impide que dilucidemos las razones morales detrás del modelo institucional sugerido.

El segundo argumento, en tanto, (b) es incapaz de superar los problemas que ya vimos que aquejan a todas las aproximaciones colectivistas. Cuando se alega que debemos tolerar a “los pueblos”, en realidad lo que se busca es que se toleren los intereses defendidos por ciertos individuos dentro de esos pueblos, a menos que se entienda que estos son completamente homogéneos. El respeto y la tolerancia solamente pueden ser exigidos por auténticas personas morales, y por lo tanto los pueblos solo podrían exigirlos como representantes de sus individuos. Ahora bien, ello requeriría que estos lleguen a un acuerdo acerca de la defensa de estos intereses pretendidamente uniformes<sup>71</sup>. El problema es que, como explica Seyla Benhabib, en la práctica, los pueblos –y sobre todo los pueblos en los que está pensando Rawls– no son homogéneos, sino más bien todo lo contrario<sup>72</sup>. Asumir esta homogeneidad de los pueblos y exigir tolerancia frente a ella es en realidad una postura todavía más etnocéntrica que la de defender los intereses de los miembros de esos pueblos, puesto que implica suponer que esos individuos son menos capaces que

---

<sup>69</sup> BEITZ, 2000, p. 681; KUPER, 2000, pp. 648–653.

<sup>70</sup> Véase, por ejemplo, BEITZ, 2000, p. 681; BESSON, 2009, pp. 58–59.

<sup>71</sup> En realidad, en el modelo rawlsiano, la tolerancia parece alcanzar únicamente a las “sociedades jerárquicas decentes”, que tienen cierta consideración por las minorías y por lo tanto pretenden ser, efectivamente, representantes de éstas y no homogéneas. Ahora bien, a mi entender (y en una línea de pensamiento nineana), decir que existen sociedades “jerárquicas representativas” es un oxímoron. Para que las sociedades sean mínimamente representativas de los individuos, éstos deben tener la posibilidad de participar en la deliberación pública como iguales (NINO, 1996, p. 81). Las decisiones de las monarquías, por ejemplo, nunca pueden ser entendidas como la verdadera expresión de la voluntad del pueblo, aún cuando sean benévolas.

<sup>72</sup> BENHABIB, 2012, p. 33.

nosotros para desarrollar sus propias posiciones, autónomas de la cultura que los rodea. Esto no quita, desde ya, que uno pueda defender la preservación de la diversidad cultural y política del mundo. El punto es que esto no puede ser hecho a partir de los supuestos intereses de entes colectivos como los pueblos, sino que debe ser hecho a partir de los intereses de los individuos que forman parte de esos grupos, y que necesitan ese contexto para poder elegir autónomamente su plan de vida<sup>73</sup>.

En consecuencia, parecería que Rawls tampoco provee una justificación suficiente para asumir a un sujeto colectivo como unidad de interés moral último. La única forma de compatibilizar el rol central que le da a los pueblos con el respeto del principio de igualdad moral de los individuos es asumir que los pueblos cumplen un rol de representantes de las personas. Pero en ese caso, la teoría no constituye una objeción a mi punto inicial: la legitimidad del derecho internacional debe ser evaluada a partir de los intereses de las personas, y no de los Estados o los pueblos.

## **2. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO RESULTADO DE DECISIONES “PÚBLICAS”, QUE GENERAN EXIGENCIAS DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA**

Si los argumentos que presenté en la sección anterior son correctos, entonces nuestra intérprete debe inclinarse por aquella lectura de los indicios antes relevados que muestre a las normas y al sistema jurídico internacional en su versión más coherente con el principio de igualdad moral de los individuos. En la primera parte de este capítulo argumenté, además, que este principio requería que, cuando existieran decisiones públicas que fueran aplicables a ciertas personas, el procedimiento por el cual se tomaran esas decisiones fuera respetuoso de los intereses, opiniones y voluntades de esas personas – o, en otras palabras, democrático.

La objeción que quiero considerar en esta sección es la que sostiene que las normas de derecho internacional no son el resultado de ese tipo particular de decisiones -que podemos llamar “públicas”<sup>74</sup>- que generan una exigencia de legitimidad democrática. Según las y los autores que defienden esta posición, ciertas diferencias existentes entre los sistemas jurídicos nacionales e internacionales -tales como la ausencia de mecanismos coercitivos que hagan cumplir las normas, la afectación mediata de los intereses individuales, o el mecanismo descentralizado de creación normativa- hacen que las

---

<sup>73</sup> KYMLICKA, 2002, pp. 338–343.

<sup>74</sup> Véase MARTÍ, 2006a, pp. 82–84; WALDRON, 2008a.

demandas de legitimidad democrática que son claramente aplicables al Estado-nación no sean igualmente exigibles de los procesos de toma de decisiones de la comunidad internacional.

El punto de partida de este argumento es ampliamente compartido: no todas las decisiones que tienen efectos intersubjetivos deben ser tomadas democráticamente. La decisión de una persona de casarse con otra puede tener efectos para terceros (por ejemplo, para otras personas que también quieran casarse con ella), pero esto no implica que deba ser tomada democráticamente<sup>75</sup>. La decisión de un grupo de amigos de qué restaurante elegir para cenar puede tener efectos sobre el bienestar de las y los trabajadores de esos establecimientos, pero ello no implica que sus intereses y opiniones deban ser necesariamente considerados en el procedimiento que precede a la elección<sup>76</sup>. Las decisiones de los miembros de un cierto club, o de los accionistas de una cierta empresa, o de los miembros de una cierta iglesia, acerca de reglas referidas al funcionamiento de su institución parecerían estar también, *prima facie*, dentro de esta categoría de disposiciones en las cuales el principio de autogobierno democrático no es exigible. Según quienes presentan esta objeción, el derecho internacional se parece más a las decisiones de estos grupos e instituciones que a las que caracterizan al proceso de creación normativa propio del Estado-nación<sup>77</sup>.

Para poder comprender exactamente qué lugar ocupan las decisiones del proceso de creación de derecho internacional, es necesario establecer más claramente cuáles son los criterios que generan esta exigencia de autogobierno democrático. José Luis Martí

---

<sup>75</sup> El ejemplo clásico y muy gráfico lo da Robert Nozick: “Si cuatro hombres le proponen matrimonio a una mujer, su decisión acerca de con quién de ellos casarse (si decide casarse con alguno) afectará de modo muy importante las vidas de esos cuatro hombres, su vida, y las vidas de muchas otras personas que querrían casarse con uno de esos cuatro hombres, y así sucesivamente. ¿Alguien propondría, incluso limitando el grupo a las partes iniciales, que las cinco personas deberían votar para ver con quién debería casarse la mujer? Ella tiene un derecho a decidir qué hacer, y aquí no se está ignorando ningún derecho de los otros cuatro a tener una voz en esta decisión, pese a que ella afecta sus vidas de modo importante” (NOZICK, 1974, pp. 269–270). En este caso, como la cuestión es una que debería quedar dentro de la esfera de la “autonomía privada” (HABERMAS, 1996, p. 120) de la mujer, los cuatro varones no tienen derecho a ejercer su “autonomía pública” (HABERMAS, 1996, pp. 84–104) en el proceso de toma de decisiones. No hay, entonces, una verdadera cuestión *colectiva* en el caso, sino que se trata de un asunto puramente individual en el que solo es relevante el interés, la opinión y la voluntad de la mujer. Véase, al respecto, OWEN, 2012, pp. 134–135; VALENTINI, 2014, p. 793.

<sup>76</sup> Para un ejemplo similar, véase MARTÍ, 2006a, p. 82.

<sup>77</sup> Thomas Nagel, por ejemplo, describe a las relaciones internacionales como algo más cercano a “meras interacciones económicas” que al tipo de interdependencia y de relaciones asociativas propio de los Estados-nación (NAGEL, 2005, p. 138).



presenta una clasificación que es útil para comenzar a entender los límites del alcance de este principio:

“Las decisiones pueden dividirse en individuales y *colectivas*, de las cuales sólo nos interesan ahora las segundas, es decir, aquellas en cuyo proceso de toma de decisión participan dos o más personas, aun en el caso de que la decisión final corresponda sólo a una de ellas. Las decisiones colectivas pueden dividirse, a su vez, en *públicas* y privadas. Entenderé por decisión pública aquella que tiene por objeto las reglas de convivencia en sentido amplio y, más concretamente, toda decisión que adopta la forma de una norma jurídica o que pretende influir en la producción de una norma jurídica. El resto de decisiones colectivas, por oposición, son decisiones privadas. Pero debemos introducir una última distinción, ya que no todas las decisiones públicas colectivas se ven afectadas, a mi juicio, por el modelo de democracia deliberativa. Una sentencia de un tribunal formado por varios magistrados generalmente no tiene relevancia para el modelo de democracia deliberativa, porque generalmente no tiene carácter político. Esto muestra que no todas las decisiones públicas colectivas son decisiones *políticas*. Entiendo por decisión política, en este contexto, aquella que se toma con un cierto grado de discrecionalidad, quedando excluidas, en consecuencia, aquellas decisiones que suelen denominarse «de aplicación», entre las que se encuentran la mayoría de las decisiones judiciales y la mayoría de las tomadas por funcionarios o empleados de la administración”<sup>78</sup>.

En el caso del derecho internacional, nadie podría dudar que las decisiones que le dan origen son *colectivas*. Por otra parte, es claro que los procesos de creación de normas internacionales objeto de estudio de esta tesis involucran decisiones *políticas*, en el sentido que menciona Martí: es decir, no son decisiones “de aplicación”, sino más bien discrecionales, de creación de normas<sup>79</sup>. La pregunta, entonces, es si la creación de derecho internacional involucra decisiones *públicas*, es decir, decisiones que serán “aplicables” a un grupo de personas, generando así una exigencia de que los intereses,

---

<sup>78</sup> MARTÍ, 2006a, p. 82, énfasis añadido.

<sup>79</sup> El límite entre estas decisiones “de aplicación” y las decisiones “políticas” es complejo de determinar, y se ha vuelto cada vez más borroso en los procesos normativos que caracterizan a nuestros tiempos de globalización. No quiero entrar aquí en estos detalles, porque en este estudio el límite queda definido por estipulación: las decisiones bajo estudio son aquellas que “crean derecho internacional”, sea como sea que se entienda esta frase. Sobre decisiones administrativas en derecho global y su capacidad de crear derecho, véase clásicamente, KINGSBURY ET AL., 2005, y también S. CASSESE, 2004, 2015; CORDER, BLEAZARD, & GLAZEWSKI, 2009; ESTY, 2006; HARLOW, 2006; KINGSBURY, 2009b, 2012b, 2015; KINGSBURY, KRISCH, STEWART, & WIENER, 2004; KINGSBURY & STEWART, 2009; KRISCH, 2006; R. B. STEWART, 2015.

voluntades y opiniones de esas personas sean considerados en el procedimiento por el cual se toma la decisión<sup>80</sup>.

La bibliografía especializada está repleta de discusiones acerca de qué tipo de decisiones se pueden considerar *públicas*, en este sentido<sup>81</sup>. La cuestión es particularmente importante para nuestra intérprete, por dos motivos. Primero, (a) porque provee un estándar para determinar *si* el derecho internacional está, en general, sujeto a exigencias de legitimidad democrática, y -por lo tanto- si su lectura de las normas debería hacer primar aquella versión de ellas que sea más coherente con un sistema jurídico internacional generalmente justificado a la luz de este ideal. Pero segundo, y quizás más importante, (b) porque en un contexto de creciente “relatividad normativa” del derecho internacional<sup>82</sup>, esta distinción entre decisiones públicas y no públicas provee también un criterio para determinar el alcance de esas exigencias de legitimidad democrática; es decir, (i) específicamente *qué* instrumentos normativos deberían ser creados por procesos democráticos, y (ii) *quiénes* son las personas cuya igual dignidad debería ser respetada en

---

<sup>80</sup> Para esta idea de que la “aplicabilidad” de las normas es lo que genera la exigencia de legitimidad democrática (y sobre la necesidad de precisar el concepto de “aplicabilidad”), véase VALENTINI, 2014, p. 791.

<sup>81</sup> Véase, por ejemplo, MACDONALD, 2008, p. 35 (“el desafío es proveer criterios normativos para especificar qué formas de poder cuentan como ‘públicas’, y qué comunidades de individuos deben ser empoderadas para participar en su control democrático; es decir, debemos proveer una explicación de qué es lo que hace que ciertas formas de poder sean problemáticas y necesiten una legitimación democrática especial, mientras que otras formas de poder no son problemáticas y son permisibles dentro de una esfera de ‘conducta’ privada”); A. V. BOGDANDY, DANN, & GOLDMANN, 2010, p. 11 (“sugerimos poner el foco en el ejercicio de la autoridad pública internacional, de modo de poder identificar aquellas actividades internacionales que determinan a otros sujetos jurídicos, limitando su libertad de un modo que requiere legitimidad, y por lo tanto un marco jurídico de derecho público”); KINGSBURY, 2009a, p. 174 (“el contenido normativo del derecho internacional es inmanente a la naturaleza pública del derecho en general, y a la naturaleza inter-pública del derecho internacional en particular”); GOLDMANN, 2016, p. 61 (“Es necesario un concepto amplio de autoridad, uno que incluya no solamente el derecho duro, sino los distintos tipos de instrumentos a través de los cuales la gobernanza global afecta la vida de las personas. Esta concepción amplia de autoridad debería ser el punto de referencia para la distinción público/privado. Permitirá que la distinción público/privado opere efectivamente e identifique de un vasto número de instrumentos cuáles requieren legitimidad democrática”); ERIKSEN & SENDING, 2013, p. 214 (“Diferenciar entre distintos significados del término ‘público’ y especificar su área de validez es de central importancia en un esfuerzo para entender mejor algunos de los asuntos fundamentales en juego en la gobernanza global, tales como la fuente e institucionalización de la autoridad política, la justificación para el ejercicio de tal autoridad, y los mecanismos de rendición de cuentas para los distintos tipos de gobernanza global. Para ver más claro qué es distinto en los actores públicos, tanto a nivel nacional como internacional, y para identificar a los actores públicos emergentes internacionalmente, necesitamos una concepción clara de qué significa ‘lo público’ que sea analíticamente distinta del Estado, y que permita estudios empíricos de los distintos tipos de actores a nivel global”). Véase también KINGSBURY & DONALDSON, 2011.

<sup>82</sup> Véase, famosamente, WEIL, 1983.

esos procedimientos<sup>83</sup>. En otras palabras, este criterio puede ayudar a nuestra intérprete a determinar el sentido relevante de dos nociones cruciales en la discusión en torno al *derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional*: primero, la noción de *creación de derecho internacional* (¿la sociedad civil tendría un derecho a participar solo en la creación de tratados y costumbre interestatales, o también, por ejemplo, en la creación de derecho internacional institucional<sup>84</sup>, o en regulación llevada a cabo por entes privados transnacionales con efectos públicos<sup>85</sup>?), y segundo, la noción de *sociedad civil* (¿quiénes son las personas a las cuales se les aplican las normas, en sentido relevante, generando la exigencia de ser consideradas durante el proceso de creación de esas normas?).

La literatura parece estar dividida, defendiendo dos principios distintos para la identificación de estas “decisiones públicas”, que generan exigencias de legitimidad. Un primer grupo de autoras y autores sostiene (2.1.1) que el elemento clave es que la decisión tenga el potencial de generar una “afectación” en otras personas. Así, el procedimiento previo a esa decisión debería incorporar de forma igualitaria los intereses, opiniones y voluntades de todas y todos aquellos potencialmente afectados por la decisión en cuestión. Otro grupo de autores y autoras, en tanto, afirma (2.1.2) que una decisión debe ser tomada a través de un procedimiento democrático cuando ciertas personas quedan “sujetas” a ella, jurídicamente. Lo que quiero sugerir a continuación (2.1.3) es que estas dos escuelas tienen más puntos de contacto de lo que ellas mismas reconocen, y que las mejores versiones de ambos principios conducen a resultados bastante convergentes. Luego, en la última parte del capítulo, (2.2) analizaré las conclusiones que nuestra intérprete puede derivar de esta convergencia de ideas respecto de la legitimidad del derecho internacional.

---

<sup>83</sup> Sobre la necesidad de principios críticos y regulativos para este propósito, véase FUNG, 2013, p. 254, y también MARKS, 2000, p. 110.

<sup>84</sup> Sobre la creación de derecho internacional institucional, es decir, normativa resultante de decisiones de organizaciones internacionales, véase, por ejemplo, ALVAREZ, 2006, 2017; AMERASINGHE, 2005; KLABBERS, 2002.

<sup>85</sup> Sobre este tipo de normas, véase, por ejemplo, S. CASSESE, 2015; KINGSBURY ET AL., 2005; PAUWELYN, 2012; PETERS ET AL., 2009.

## 2.1. La búsqueda de un principio para identificar las decisiones “públicas”

### 2.1.1. El principio de “todas y todos los afectados”

Una parte importante de la bibliografía identifica estas decisiones “públicas” que generan exigencias de legitimidad con aquellas que “afectan” a terceras personas<sup>86</sup>. Siempre que exista una afectación, según estos autores y autoras, los intereses, voluntades y opiniones de las personas afectadas deben ser considerados en el procedimiento por el cual se toma la decisión. Así, esta línea argumental captura una intuición muy ligada al principio de igualdad moral: que una decisión que tenga un impacto sobre la vida y las oportunidades de otras personas es *prima facie* ilegítima, y que para ganar legitimidad debe cumplir con ciertos requisitos previos<sup>87</sup>.

El problema, por supuesto, es definir qué se entiende por “afectación”<sup>88</sup>. Hay quienes defienden una formulación amplia del principio y leen la idea de “afectación” de forma

---

<sup>86</sup> Véase, por ejemplo, ARRHENIUS, 2005; BEXELL, TALLBERG, & UHLIN, 2010, p. 85; DAHL, 1990, p. 64; FUNG, 2013; GOODIN, 2007, 2016; HELD, 1995b, 2004, pp. 372–373; KOENIG-ARCHIBUGI, 2017; MACDONALD, 2008, 2011; MARCHETTI, 2008; SCHOLTE, 2014, p. 3; SEN, 2009, pp. 129–130; I. SHAPIRO, 2001, p. 37, 2003, pp. 221–222; VALENTINI, 2014, p. 793; M. E. WARREN, 2017; YOUNG, 2000a, p. 23; ZÜRN, 2000, p. 186. Autores como ELSTER, 1998a; GARGARELLA, 1998a; HABERMAS, 1996; NINO, 1996 utilizan también el vocabulario de la “afectación”, aunque en una teoría implícita o explícitamente (véase, por ejemplo, HABERMAS, 1996, p. 124) limitada al Estado-nación. Claudio López-Guerra explica que pese a mencionar la idea de afectación, Habermas está más cerca del principio de “todos los sujetos” que del de “todos los afectados”: LÓPEZ-GUERRA, 2005, pp. 224–225. Una visión similar tiene Matthias Goldmann, quien sostiene que “la teoría de la democracia de Habermas está basada en el entendimiento de que el derecho duro, vinculante, es una forma de autoridad y, de hecho, la única relevante, porque puede ser ejecutada por el gobierno” (GOLDMANN, 2016, p. 59).

<sup>87</sup> Véase, en esta línea, MARCHETTI, 2008, p. 211; M. E. WARREN, 2017, pp. 1, 3.

<sup>88</sup> Como sostiene Carmen Pavel, el principio “está solado por la indeterminación. Conocer la naturaleza de ciertas decisiones específicas no nos dirá nada respecto de cuál será el grupo decisorio. Cualquier política pública afectará diferentes intereses en distintos grados, y es probable que afecte algunos intereses más directa o más inmediatamente que otras” (PAVEL, 2015). Lo llamativo es que algunos de los defensores de este principio asumen esta característica como una ventaja. Por ejemplo, Gustav Arrhenius sostiene que “[u]na razón importante por la que muchas personas defenderían el principio de todas y todos los afectados es, por supuesto, que es vago. Como otros han afirmado, no dice nada acerca de qué implica ser relevantemente afectado o qué quiere decir tener influencia sobre una decisión. Para la presente discusión, no creo que sea necesaria mayor precisión, y creo que las nociones intuitivas (...) son suficientes. Pero déjenme dar solo una pista de cómo creo que sería un análisis de estos conceptos. La idea de estar ‘relevantemente afectados’ podría ser explicada en términos de los intereses de las personas. (...) Es interesante notar que, si vemos al principio de todos los afectados como parte de un ideal democrático, entonces si una decisión es o no democrática, o si es más o menos democrática, dependerá en una concepción de “intereses”. Sin conocimiento de qué intereses tienen las personas, no podemos determinar si una estructura institucional es suficientemente democrática, o cómo podría ser mejorada” (ARRHENIUS, 2005, pp. 20–21). Véase también, sobre la indeterminación de las formulaciones habituales del principio, BECKMAN, 2009, p. 38; FRASER, 2010, p. 64; FUNG, 2013, p. 246; GOLDMANN, 2016, p. 76; LÓPEZ-GUERRA, 2005, p. 223; NÄSSTRÖM, 2011, p. 125; I. SHAPIRO, 2003, p. 223.

poco exigente, entendiendo que cualquier impacto -incluso potencial<sup>89</sup>- en la vida de terceros puede ser suficiente para que una decisión sea considerada “pública”, en el sentido antes referido<sup>90</sup>. La consecuencia que se deriva de este criterio, como reconoce Robert Goodin, es que “deberíamos (al menos en principio) darles a prácticamente todas las personas un voto respecto de prácticamente todo en prácticamente todo el mundo”<sup>91</sup>. Esta impresionante ampliación del espacio democrático -que incluiría, entre otras, las decisiones en torno a la creación de normas internacionales<sup>92</sup>-, les ha valido a estos autores numerosas críticas, porque, además de ser prácticamente imposible de implementar<sup>93</sup>, el criterio “incluye sujetos que no parece sensato incluir y excluye sujetos que aparentemente deberían estar incluidos”<sup>94</sup>. El problema más urgente es el de la sobre-inclusión, y el ejemplo más gráfico de ello sigue siendo el de las personas que se enteran de la decisión de otras dos de casarse: esa circunstancia puede afectarlas de modo muy directo (porque también aspiraban a ese matrimonio, por caso), pero no genera exigencias de legitimidad<sup>95</sup>. El principio también abarcaría a un grupo de amigos que tiene que

---

<sup>89</sup> La inclusión de aquellos “potencialmente” afectados y no solo de aquellos “efectivamente” afectados es necesaria para resolver la paradoja de que no podemos saber quiénes van a ser afectados por una decisión hasta que la decisión no fue tomada. Véase al respecto GOODIN, 2007, o la explicación del problema en PAVEL, 2015.

<sup>90</sup> Esta es la lectura generalizada del famoso artículo de Robert Goodin (GOODIN, 2007), pero también parece presente en (al menos fragmentos de) otros textos importantes en esta tradición (véase MARCHETTI, 2008).

<sup>91</sup> GOODIN, 2007, p. 64. Para una lectura similar, pero en clave crítica, véase FRASER, 2010, p. 64. Goodin luego sugiere que como esto no es posible en la práctica, debemos pensar en sistemas concretos que puedan operar como un *second best* respecto del ideal de la participación plena (GOODIN, 2007, pp. 64–67).

<sup>92</sup> En efecto, esta formulación vaga o amplia del “principio de todos los afectados” es frecuentemente citado por ciertos juristas internacionales como un argumento para explicar la existencia de un déficit democrático en relación a la creación del derecho internacional, sin profundizar demasiado en sus fundamentos o consecuencias. Para un ejemplo claro de ello, véase BENVENISTI, 2014a, pp. 178–184.

<sup>93</sup> “[D]ado que los efectos de las acciones podrían afectar, con distinta intensidad, a un número casi infinito de agente (uno podría pensar incluso en reclamos potenciales de futuras generaciones), si la legitimidad de una cierta acción dependiera en la consulta previa o el consentimiento de todas las partes afectadas, las relaciones humanas se verían paralizadas bajo el peso de la responsabilidad. Entonces, desde un punto de vista práctico el mero hecho de ser afectado no puede constituir un fundamento válido para un reclamo jurídico o incluso político. Debemos descifrar una teoría política de la agencia a nivel global que sea más sofisticada, una que puede definir responsabilidad y vulnerabilidad de modo recíproco, inclusivo y a la vez multi-nivel” (MARCHETTI, 2008, p. 216). La solución que da Marchetti a este problema práctico es crear un sistema político que se aproxime tanto como sea posible al ideal del principio (véase, en la misma línea, GOODIN, 2007; M. E. WARREN, 2017).

<sup>94</sup> MARTÍ, 2006a, p. 79. Respecto de la sub-inclusión, Martí da el ejemplo de las normas que establecen la escolarización básica obligatoria, que no afectan a los adultos y que, sin embargo, parece sensato que sean decididas por ellos. Véase MARTÍ, 2006a, p. 79, y véase también SAUNDERS, 2011, pp. 286–292.

<sup>95</sup> Véase NOZICK, 1974, pp. 269–270. Véase además LAGERSPETZ, 2015, pp. 14–16; OWEN, 2012, pp. 134–135; SAUNDERS, 2011, pp. 284–286; VALENTINI, 2014, p. 793. Para otro ejemplo de sobre-inclusión, el de

decidir dónde cenar, o a una empresa que debe decidir en qué rubro invertir su capital, generando una obligación de incluir respectivamente a las y los trabajadores de los restaurantes, y a diversos actores de esos sectores productivos considerados por la empresa -todos ellos potencialmente afectados-, en el procedimiento de toma de decisiones.

La respuesta que dan a estas críticas muchos de quienes defienden el principio de “todas y todos los afectados” consiste en especificar un poco más la idea de afectación, tornando así a nociones como “afectación relevante”<sup>96</sup> o “afectación importante”<sup>97</sup>. Tres formulaciones del principio se destacan en la bibliografía por este esfuerzo. La primera es de Terry Macdonald, quien afirma que “el poder debería ser designado como ‘público’ y consecuentemente sujeto a control democrático cuando impacta de modo problemático en la capacidad de un grupo de individuos de llevar adelante vidas autónomas”<sup>98</sup>. La segunda es de Archon Fung, quien sostiene que “un individuo debería poder influenciar a una organización solamente si esa organización toma decisiones que afecten regular o profundamente intereses importantes de ese individuo”<sup>99</sup>. La tercera es de Mark Warren, para quien “los intereses relevantemente afectados son aquellos que significativamente impactan las chances y oportunidades de autodesarrollo y autodeterminación a través de (a) relaciones de co-dependencia y co-vulnerabilidad, y (b) externalidades de entidades colectivas o fenómenos estructurales tales como los mercados”<sup>100</sup>.

Estas tres formulaciones del principio, pese a sus matices, parecen compartir dos elementos centrales. En primer lugar, (i) todas tienen la intuición de que una decisión solo puede ser considerada “pública” si afecta la autonomía (o autodeterminación) de ciertos individuos<sup>101</sup>. Esto puede leerse bastante explícitamente como una limitación al principio

---

un turista que se encuentra temporalmente en otro país, y se ve afectado por sus normas, véase MARTÍ, 2006a, p. 79.

<sup>96</sup> ARRHENIUS, 2005, p. 20.

<sup>97</sup> VALENTINI, 2014, p. 793. Held usa el término “significativo (es decir, no trivial)” (HELD, 2004, p. 373).

<sup>98</sup> MACDONALD, 2008, p. 35.

<sup>99</sup> FUNG, 2013, p. 247.

<sup>100</sup> M. E. WARREN, 2017, p. 3.

<sup>101</sup> Macdonald es quien más elabora en este punto, pero la noción está indudablemente presente, también, en el argumento de Warren y Fung. En el caso de Archon Fung, esta referencia al ideal de autonomía no es tan explícita, pero está definitivamente contenida en su mirada global sobre la cuestión. De hecho, Fung justifica la existencia misma del principio a partir del ideal de autonomía (ver FUNG, 2013, p. 237).

amplio antes planteado: cuando los efectos de la decisión no limitan la capacidad de nadie de “formular y efectivamente perseguir fines auténticamente personales”<sup>102</sup>, esas afectaciones no son “relevantes”<sup>103</sup>, en el sentido de generar exigencias de legitimidad democrática respecto de la decisión<sup>104</sup>. El fundamento parece ser, nuevamente, el principio de igualdad moral, que obliga a respetar la libre elección de planes de vida de las personas, pero no necesariamente a evitar externalidades de decisiones propias que puedan afectarlas de algún modo menor<sup>105</sup>.

Por otra parte, en segundo lugar, (ii) las tres formulaciones comparten la idea de que solo podrían considerarse “públicas” aquellas decisiones que sean tomadas no de forma aislada, sino en el marco de una cierta estructura de *poder* con capacidad de afectación sobre la autonomía de las personas<sup>106</sup>. Esta idea está ínsita en la noción de “organización” de Fung<sup>107</sup>, de “poder” de Macdonald<sup>108</sup>, y de los mecanismos de “co-dependencia”, “co-

---

<sup>102</sup> Macdonald define “autonomía” como la posibilidad de “formular y efectivamente perseguir fines auténticamente personales” (MACDONALD, 2008, p. 37).

<sup>103</sup> ARRHENIUS, 2005, p. 20.

<sup>104</sup> Como señala Hans Agné, en realidad puede existir una afectación de la autonomía de las personas que no limite sus oportunidades de elegir libremente su plan de vida, sino que las maximice. Agné da el ejemplo de las intervenciones extranjeras en el contexto del apartheid en Sudáfrica y de la libertad de expresión de los ciudadanos detrás de la cortina de hierro (AGNÉ, 2006, pp. 441–442).

<sup>105</sup> Mark Warren afirma, así, que “no es que la ‘democracia’ y la ‘libertad’ entran en conflicto, sino que el punto básico de la democracia, el autogobierno basado en el igual valor moral, es violado por una decisión de algunos de imponer una elección de vida esencial a otros” (M. E. WARREN, 2017, p. 5). Terry Macdonald explica que la aplicación de estos principios generales a casos concretos requiere definir “qué contará como un acto con *impactos* o *efectos* sobre las capacidades autónomas de los otros”. Para ello, en tanto, “debemos identificar el rango de *responsabilidades* democráticas que cada agente posee por proteger y promover la autonomía de los demás”. Macdonald no profundiza demasiado en la cuestión, pero sí aclara que “todo lo que se requiere conceptualmente respecto de la concepción de responsabilidad detrás de un criterio de impacto público es que sea *igualitaria* en algún sentido central. Esto es, la noción de responsabilidad por la autonomía de los otros debe tratar a todos los individuos -en algún nivel- con igual respeto. Esto es necesario dado que el valor de la igualdad -junto con el de la autonomía individual- es un valor fundacional en el proyecto democrático, y una concepción de la responsabilidad social que le diera mayor prioridad a las capacidades autónomas de ciertos individuos que a otros no cumpliría con el estándar mínimo para calificar como ‘democrático’ en su naturaleza” (MACDONALD, 2008, p. 39).

<sup>106</sup> Para una idea similar, véase I. SHAPIRO, 2003, pp. 219–220, particularmente leído a la luz de OWEN, 2012, pp. 140–141. El principio propuesto por Hans Agné también tiene bastante similitud con esta idea, al enfocarse en la idea de dominación (AGNÉ, 2006).

<sup>107</sup> Fung define a estas organizaciones como “entidades que colectivamente controlan recursos, llevan a cabo propósitos, y toman decisiones cuyos efectos son moderadamente consistentes en el tiempo” (FUNG, 2013, p. 249).

<sup>108</sup> Macdonald no profundiza demasiado en la idea de “poder” con la que trabaja, sino que dedica la mayor parte del primer capítulo de su libro -en el que estudia la pregunta normativa de qué genera estas exigencias de legitimidad- al análisis del otro término clave: a qué significa que ese poder sea “público”. El libro sí contiene, en el segundo capítulo, un estudio más profundizado acerca de las cuestiones institucionales que rodean a estas preguntas, pero la autora las aborda como “limitaciones prácticas” de la posibilidad de

vulnerabilidad”, “entidades colectivas” y “fenómenos estructurales” de Warren<sup>109</sup>. Este requisito no implica que, para que una decisión sea “pública”, la afectación deba estar acompañada ni por una amenaza o uso de la fuerza<sup>110</sup>, ni por relaciones institucionales formales entre quienes deciden y quienes se ven afectados<sup>111</sup>, pero sí que la decisión debe estar embebida en relaciones estructurales de poder que determinen la capacidad de las personas afectadas de elegir libremente su plan de vida. Una decisión que no esté dirigida específicamente a ciertos individuos y que no les sea impuesta coercitivamente puede de todos modos ser “pública”, para ellos, si esa decisión es una manifestación de una estructura institucional más amplia que, a través de acciones u omisiones, afecta de modo significativo su autonomía<sup>112</sup>.

La idea de autonomía que surge, entonces, de estas versiones restringidas del principio de “todas y todos los afectados” tiene cierto parecido con lo que Philip Pettit y

---

democratizar un cierto ente, y no como nociones normativas acerca de qué entes deberían ser democratizados (véase, especialmente MACDONALD, 2008, pp. 59–61). Allí Macdonald apunta, por ejemplo, que “los roles políticos en el ejercicio de este poder deben tener algún grado de estabilidad institucional, para que sea posible identificarlos como ‘públicos’ y someterlos al control democrático. Los actores sociales pueden a veces generar impactos políticos significativos a través de decisiones o acciones aisladas, pero no será posible o productivo sujetar estas instancias de poder a un control democrático si los agentes en cuestión no se involucran en acciones políticas de estos tipos de modo más o menos constante, en una forma medianamente predecible” (MACDONALD, 2008, p. 57). De todos modos, insistiría, Macdonald sí incluye dentro de su definición de las decisiones públicas la noción de “poder”, que no define específicamente, pero que parece apuntar al tipo de características que menciono en el cuerpo del texto.

<sup>109</sup> M. E. WARREN, 2017, p. 3.

<sup>110</sup> Terry Macdonald afirma que “aunque el uso de la amenaza de violencia es ciertamente un ejemplo central del poder capaz de limitar la autonomía, no parece haber razón alguna para pensar que es el *único* tipo de poder que impone limitaciones problemáticas sobre la autonomía de los individuos. Por el contrario, la mayoría de nosotros aceptaría que otras formas (no violentas) de coerción, tales como aquellas que involucran la explotación o privación material de un cierto agente, pueden restringir la autonomía de los individuos de modo igualmente problemático. Una persona muriendo de hambre forzada a la servidumbre de otro para asegurarse provisiones esenciales de alimento, o una persona enferma forzada a la servidumbre para asegurarse medicinas que le salven la vida, es difícilmente más autónoma que alguien que es forzada a la servidumbre a punta de pistola. Pero si estamos dispuestos a aceptar la equivalencia normativa de estos tipos de limitaciones sobre la autonomía individual, entonces se sigue que el poder ejercido a través de estas formas de coerción tiene tanta necesidad de legitimación democrática como el poder ejercido a través de la amenaza o el uso de la violencia” (MACDONALD, 2008, p. 52).

<sup>111</sup> Macdonald explica que “las distribuciones fundamentales de poder en el orden global no son el producto de un gran diseño constitucional, instituido a través de la búsqueda colectiva de objetivos ‘públicos’ colectivos, sino de muchos factores no coordinados (tecnológicos, sociológicos, económicos y políticos) que interactúan de formas no planificadas para generar resultados estructurales en términos del marco de poder al que las poblaciones están sujetas. Esto es, las distribuciones de poder surgen en gran medida como resultado de la interacción no coordinada de todas las diferentes cosas que las personas hacen en el transcurso de sus vidas” (MACDONALD, 2008, p. 31). Véase, más generalmente, MACDONALD, 2008, pp. 23–29, 52–61.

<sup>112</sup> El término que usa Warren para describir estas relaciones estructurales es “interdependencias colectivas” (M. E. WARREN, 2017, p. 6).



el neo-republicanismo llaman “libertad como no-dominación”<sup>113</sup>. A diferencia del liberalismo clásico, que define la noción de “autonomía” como la ausencia de interferencias *coercitivas* sobre las decisiones individuales<sup>114</sup>, Pettit y sus colegas la definen como la ausencia de interferencias *arbitrarias* sobre estas decisiones<sup>115</sup>. Así, estos autores entienden que la autonomía individual se ve afectada de modo relevante cuando las personas son privadas de tomar ciertas elecciones que les correspondería tomar, sin importar si eso ocurre como resultado de interferencias coercitivas sobre el proceso de elección o de relaciones estructurales de poder que limitan el control de la persona sobre el asunto<sup>116</sup>. En ambos casos -tanto en las versiones restringidas del principio de todas y

---

<sup>113</sup> Véase, clásicamente, PETTIT, 1997, 2012. Para una explicación, véase LOVETT, 2013.

<sup>114</sup> Frank Lovett explica que, en las teorías liberales tradicionales, se entiende que una persona es libre cuando no existe interferencia por parte de terceros en sus decisiones. Según Lovett, “existen muchas variaciones en esta concepción, dependiendo de cómo defina uno exactamente ‘interferencia’, pero todas tienen en común la intuición básica de que ser libre es, más o menos, ser dejado solo para hacer lo que sea que uno prefiera” (LOVETT, 2013).

<sup>115</sup> “El foco principal en la teoría neo-republicana está puesto en el valor de la libertad como no-dominación” (PETTIT, 2010b, p. 140), sostiene Pettit. “Si usted debe elegir entre tres alternativas, A, B, y C, usted estará dominado, y perderá su libertad, en tanto y en cuanto otros ejerciten un control no deliberativo sobre lo que usted vaya a elegir; en cambio, usted será libre, en tanto y en cuanto evite tal control” (PETTIT, 2010b, p. 140). Pettit explica que para que haya “dominación”, en el sentido que le otorgan los autores de esta corriente, deben estar presentes tres elementos: “1) el tercero debe tener la capacidad de interferir, 2) de forma arbitraria, 3) en ciertas decisiones que el otro está en posición de tomar” (PETTIT, 1997, p. 52). Por lo tanto, ya no es relevante para evaluar la libertad si hubo o no una interferencia efectiva por parte del tercero: puede haber dominación sin interferencia, dado que basta con la mera capacidad de interferir (“pueden estar en una posición de monitoreo o vigilancia y solamente interferir en caso de que exista necesidad” (PETTIT, 2010b, p. 140), como en el caso del amo bien intencionado); y puede haber, también, interferencia sin dominación (según Pettit, una persona podría preferir que su pareja guarde bajo llave su whisky y sus cigarros, para evitarle la tentación de consumirlos, y no habría dominación, a menos que la persona esté impedida de suspender esta interferencia cuando lo desee). Entonces, el punto clave para ver si una persona es libre de toda dominación consiste en analizar si el poder de un tercero para interferir en sus decisiones es o no arbitrario. ¿Qué implica esto? Pues bien, responde Pettit, “un acto es perpetrado por razones arbitrarias, podemos decir, si está sujeto solamente al arbitrium, a la decisión o juicio del agente; si el agente está en una posición de elegirlo o no elegirlo, a su gusto. Entonces, cuando decimos que un acto de interferencia es perpetrado arbitrariamente, queremos decir, como en el caso de cualquier otro acto arbitrario, que la decisión de realizarlo o no se basó exclusivamente en lo que prefirió el agente. Y en particular, dado que en la interferencia hay otros involucrados, queremos decir que ésta fue realizada sin tener en cuenta los intereses o las opiniones de aquellos afectados por ella” (PETTIT, 1997, p. 55).

<sup>116</sup> Las y los autores republicanos ven como problemático el ideal de no-interferencia dado que entienden, por un lado, que hay interferencias que no disminuyen la libertad, y por otro, que puede haber falta de libertad sin que haya interferencias efectivas y directas. Para explicar la necesidad de abandonar esta idea, Lovett cita un ejemplo republicano clásico: “Imaginen un grupo de esclavos con un amo bien intencionado. Mientras que este último tiene un derecho protegido institucionalmente de tratar a sus esclavos más o menos como le plazca (podría empezar a darles latigazos solo por diversión, si quisiera), supongamos que este amo en particular no molesta a sus esclavos la mayor parte del tiempo. Ahora bien, en tanto y en cuanto no interfiera con sus esclavos diariamente, estamos comprometidos a decir –siguiendo la visión de la libertad como no-interferencia– que cuentan con cierta medida de libertad. No obstante, algunos pueden encontrar que esta conclusión es profundamente contraintuitiva: si la idea de libertad política significa algo, uno podría pensar, ¡seguramente no tiene nada que ver con la condición de esclavitud!” (LOVETT, 2013). Lo

todos los afectados, como en la teoría republicana- las decisiones sujetas a exigencias de legitimidad democrática son aquellas en las cuales, si no existieran procedimientos democráticos, la autonomía de ciertos individuos sería objeto de relaciones estructurales de dominación<sup>117</sup>.

Esta nueva versión del “principio de todas y todos los afectados”, afín al ideal republicano de no-dominación, es mucho más limitada que la inicial, y no tiene los problemas de sobre-inclusión de las formulaciones más laxas. Aquellas decisiones que afecten a terceras personas, pero que no tengan un impacto sobre la posibilidad de estas de elegir libremente su plan de vida, o que no estén embebidas en relaciones estructurales de poder, no deben ser consideradas decisiones “públicas”, y no generan exigencias de legitimidad democrática. Antes de estudiar la aplicación de estas ideas al derecho internacional, veamos la propuesta del segundo grupo de autores que, según sugeriré a continuación, tiene bastante en común con este primero.

#### 2.1.2. El principio de “todas y todos los sujetos”

Una importante cantidad de autoras y autores ha defendido un principio alternativo para identificar las decisiones “públicas”, conocido como el principio de “todas y todos los sujetos”<sup>118</sup>. Según este principio, las personas que pueden exigir que una decisión sea tomada a través de procedimientos respetuosos de sus intereses, opiniones y voluntades

---

que este ejemplo muestra es que “la libertad política podría ser mejor entendida como parte de una relación estructural entre personas o grupos, más que como el resultado contingente de esa estructura” (LOVETT, 2013), dice Lovett. “Que un amo decida azotar a su esclavo en un día determinado, diríamos, es un resultado contingente; lo que no es contingente (o al menos no del mismo modo) es la configuración más amplia de las leyes, instituciones y normas que efectivamente le permiten hacerlo o no según le plazca” (LOVETT, 2013). Por lo tanto, en la concepción republicana, la libertad se define en función de esta independencia estructural, de esta condición de no estar sujeto al poder arbitrario de un amo.

<sup>117</sup> La justificación de la democracia, para las y los republicanos, reside entonces en evitar esta dominación y devolverles a los individuos el control sobre sus vidas. Véase, al respecto, el capítulo 3 de PETTIT, 2012, y véase también YOUNG, 2000a, pp. 258–259. Sofía Näsström identifica esta relación entre el republicanismo y el principio de afectación: “La idea central [del principio de todos los afectados] es que los ciudadanos no deberían ser determinados por poderes de toma de decisiones que estén más allá de su control. O, puesto en términos más republicanos, que no se debería interferir arbitrariamente en sus vidas. En una era de interdependencia global, los ciudadanos alrededor del mundo están constantemente en las manos de agencias de toma de decisiones que no son elegidas por ellos. Para retener la idea de autogobierno bajo estas condiciones, se sugiere que dejemos que el alcance del ‘pueblo’ siga el alcance de las decisiones políticas, más que al revés. Solo de este modo es posible asegurar que todos los que se ven afectados por las decisiones de una cierta agencia también tengan una voz en su creación” (NÄSSTRÖM, 2011, pp. 122–123). Como veremos luego, Näsström critica este principio y adhiere a uno de sujeción.

<sup>118</sup> Véase, por ejemplo, ABIZADEH, 2008, 2010, 2012; BECKMAN, 2014; BESSON, 2011a; J. COHEN, 1998, n. 1; ERMAN, 2013; FRASER, 2010; GOLDMANN, 2016; LÓPEZ-GUERRA, 2005; D. MILLER, 2009; NAGEL, 2005; NÄSSTRÖM, 2011; OWEN, 2012; PAVEL, 2015; SELEME, 2007; R. M. SMITH, 2008; VALENTINI, 2014, p. 792; WHEATLEY, 2011, pp. 541–542.

son aquellas que están *sujetas*, jurídicamente, a respetar la decisión en cuestión<sup>119</sup>. Así, la existencia de una mera afectación de hecho no sería suficiente para activar estas exigencias democráticas, que solo emergerían ante la existencia de una relación jurídica entre el colectivo que toma la decisión y la persona a la que esta se le aplica<sup>120</sup>.

El problema, por supuesto, es definir qué se entiende por esta “sujeción”<sup>121</sup>. La interpretación tradicional -ejemplificada por el texto clásico de Thomas Nagel, *The Problem of Global Justice*- sostiene que la idea de sujeción involucra dos elementos: primero, (1) que la decisión esté apoyada por la amenaza de sanciones coercitivas, y segundo, (2) que la decisión genere obligaciones jurídicas vinculantes para las personas en cuestión<sup>122</sup>. Estos dos elementos son, según esta mirada clásica, acumulativos: solamente cuando ambos estén presentes, la decisión será “pública” y generará exigencias de legitimidad democrática<sup>123</sup>.

Exploremos, primero, (1) el elemento de la *coerción*. Las versiones clásicas del principio sostienen que para que haya sujeción deben existir mecanismos coercitivos que hagan cumplir, o amenacen con hacer cumplir, la decisión en cuestión<sup>124</sup>. Lo que genera

---

<sup>119</sup> Véase, por ejemplo, la formulación de NÄSSTRÖM, 2011, p. 119 (“todas las personas sujetas a una cierta regla deberían tener una voz democrática a su disposición”), OWEN, 2012, p. 146 (“se requiere justificación democrática cuando el asunto es sujetar la voluntad de alguien a una ley, porque la justificación democrática asegura que la voluntad de la persona está involucrada en determinar los términos de la sujeción por la cual están vinculados”), VALENTINI, 2014, p. 792 (“todos aquellos y solamente aquellos sujetos jurídicos deberían tener la posibilidad de hacer oír su voz en el proceso de toma de las decisiones jurídicas que les serán vinculantes”), o la de PAVEL, 2015, p. 11 (“las personas deberían tener una voz en determinar las normas e instituciones a las que están sujetas”).

<sup>120</sup> Esta idea de “sujeción” parece entonces más exigente que la idea de mera “afectación”: “ser un sujeto requiere elementos adicionales, tales como una relación continua con una cierta comunidad y sus instituciones, derechos y obligaciones de ciudadanía, y una expectativa normativa de cumplimiento y apoyo al sistema institucional del que uno es parte” (PAVEL, 2015, p. 11).

<sup>121</sup> Véase sobre este punto, BECKMAN, 2014, p. 256; FRASER, 2010, p. 65.

<sup>122</sup> Véase NAGEL, 2005, pp. 128–129, pero también, por ejemplo, ABIZADEH, 2010; D. MILLER, 2009. Para una reconstrucción de estos dos elementos, véase ERMAN, 2013, p. 171.

<sup>123</sup> Nagel parte de la idea de que las instituciones tienen dos tipos de obligaciones distinguibles: por un lado, obligaciones humanitarias, que son universales, e independientes de cualquier contingencia, y, por otro lado, obligaciones relativas, que surgen de las asociaciones que realmente existen entre las personas (NAGEL, 2005, p. 126-127). La mayor parte de las obligaciones estatales –incluidos los derechos políticos– son, para Nagel, de este último tipo (NAGEL, 2005, p. 127). Según él, las instituciones solo tendrían la obligación de permitir la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones cuando así lo exijan dos condiciones fácticas: primero, que las instituciones en cuestión hablen en nombre de las personas que reclaman el derecho de participar, y segundo, que lo hagan sin que estas personas puedan impedirlo (NAGEL, 2005, p. 129).

<sup>124</sup> Para distintas visiones de esta idea, véase, por ejemplo, ABIZADEH, 2008, 2012, p. 878; BLAKE, 2002; JULIUS, 2003; D. MILLER, 2009; NAGEL, 2005; SELEME, 2007; R. M. SMITH, 2008. Beckman identifica

las exigencias de legitimidad, según esta mirada, es la afectación a la autonomía personal que se deriva del reemplazo de la voluntad de una cierta persona por la de otras, sin que esta pueda hacer nada al respecto<sup>125</sup>. Entonces, cuando exista una amenaza de uso de la fuerza -o al menos “presiones suficientes”<sup>126</sup>- que le impongan al sujeto un determinado curso de acción, independientemente de cuál sea su voluntad<sup>127</sup>, la legitimidad de esa interferencia dependerá del procedimiento seguido para tomar la decisión en cuestión<sup>128</sup>.

Estas lecturas restrictivas de la idea de “sujeción” han sido objeto de numerosas críticas por el injustificado énfasis que ponen en el método a través del cual se afecta la autonomía de las personas<sup>129</sup>. Como sostiene Laura Valentini, “no hay ninguna razón

---

también a Robert Dahl con esta posición: véase BECKMAN, 2014, pp. 256–257. Para una discusión de estas ideas, véase GOODIN, 2016, pp. 370–373

<sup>125</sup> Sarah Song explica que “el principio de la coerción se basa en la importancia de la autonomía personal. La coerción socava la autonomía de la persona coaccionada, tornándola un instrumento de la voluntad de quien ejerce la coerción. La coerción es una seria invasión de la autonomía, y por lo tanto requiere justificación” (SONG, 2012, p. 51). Para un desarrollo más detenido de esta idea, véase ABIZADEH, 2008, pp. 39–42.

<sup>126</sup> Véase D. MILLER, 2009, p. 219; Miller aclara que “[n]o hay, por supuesto, una forma rápida y precisa de determinar qué nivel de presión es suficiente en un caso particular para contar como coercitivo”). En la misma línea respecto de las presiones, véase BECKMAN, 2014, p. 258.

<sup>127</sup> Andrea Sangiovanni distingue tres nociones distintas de esta “no-voluntariedad” (SANGIOVANNI, 2012, p. 84): para Michael Blake el factor relevante es la *coerción* (“una acción intencional diseñada para reemplazar la opción elegida por un sujeto por la acción elegida por otro”, BLAKE, 2002, p. 272), para Thomas Nagel es la *imposición* (la expectativa de que un sujeto acepte la autoridad de otro “aún cuando [la decisión del otro] sea distinta de [sus] preferencias personales”, NAGEL, 2005, p. 128) y para A.J. Julius es la *estratagema* (véase JULIUS, 2003). A estas definiciones podríamos agregar la de Arash Abizadeh, quien afirma que “es suficiente que el Estado los sujete a coerción – a fuerza física directa, vigilancia a través de agentes autorizados a usar la fuerza física, y amenazas de daño punitivo- o a procesos simbólicos de socialización y formación de identidad apoyados por coerción” (ABIZADEH, 2012, p. 878). Como resulta evidente de estas definiciones, lo relevante para estos autores no es el efecto material que la acción del tercero tiene sobre la autonomía del sujeto, sino que lo central es la amenaza o la acción de reemplazar una preferencia por otra. Hugo Selemé explica que, para Nagel, “si la decisión coercitiva es propia de aquellos sobre los que recae, la afrenta moral que implica la coerción –que la voluntad de un sujeto sea reemplazada por una ajena– desaparece” (SELEME, 2007, p. 41). Es el mero hecho de la coacción colectiva, entonces, “lo que engendra las exigencias morales de legitimidad, participación política o autogobierno” (SELEME, 2007, p. 45).

<sup>128</sup> Para esta distinción entre “poder coercitivo” y “autoridad coercitiva”, véase GOODIN, 2016, p. 372.

<sup>129</sup> Véase, por ejemplo, VALENTINI, 2011, p. 210 (“si los actos coercitivos son aquellos que piden una justificación especial debido a su naturaleza restrictiva de la libertad, entonces la noción de coerción debería ser en gran medida insensible a *cómo* A restringe la libertad de B”); FUNG, 2013, p. 243 (“las decisiones vinculantes y arbitrarias del gobierno son solo una forma de interferencia con la elección individual. Decisiones no vinculantes tomadas por actores no estatales -el poder de los empleadores sobre los trabajadores, por ejemplo- pueden amenazar la libertad de un individuo de igual manera. Este entendimiento de la libertad parece apoyar la inclusión en otras decisiones – aquellas que no involucran el poder coercitivo y que son tomadas por actores distintos a los Estados-nación”); OWEN, 2012, p. 146 (“cualquier persona sujeta a formas de poder político potencialmente violadoras de la autonomía, sean o no coercitivas, por parte de una comunidad política respecto de cualquier área del derecho, tiene un derecho a ser incluido en

obvia por la cual las restricciones a la libertad llevadas a cabo a través de amenazas explícitas deban ser, *prima facie*, más problemáticas que las restricciones llevadas a cabo por otros medios”<sup>130</sup>. Cualquier abogado o abogada de nuestros tiempos sabe muy bien que existe un abanico de técnicas jurídicas que permiten torcer la voluntad de las personas sin necesidad de apelar a la coerción (en sentido estricto), utilizando en cambio la imposición de costos -de tipo económico, político, reputacional o moral<sup>131</sup>- sobre el incumplimiento<sup>132</sup>. Estas técnicas, que Michel Foucault denominó “de gubernamentalidad” son una “manera de conducir la conducta de los hombres”<sup>133</sup>, y son crecientemente utilizadas como formas de ejercicio de poder alternativas o complementarias a la coerción en sentido estricto, para lograr los mismos resultados<sup>134</sup>. Entonces, si ambos métodos -la coerción y estos mecanismos basados en incentivos- tienen una capacidad similar de alterar las conductas de los individuos contra su voluntad -y por lo tanto de afectar su autonomía-, de ambos métodos deberían derivarse exigencias de legitimidad similares.

En respuesta a estas críticas, varios autores y autoras han expandido su definición de coerción para incorporar estructuras de poder que no quedaban cubiertas por las

---

el *demos* con respecto a esa área del derecho, dado que solo esa inclusión vuelve al ejercicio del poder político compatible con la autonomía”).

<sup>130</sup> VALENTINI, 2011, p. 210.

<sup>131</sup> Por ejemplo, los condicionamientos que el Fondo Monetario Internacional exige a países al borde del colapso económico para darles préstamos no parecerían ser “coercitivos”, en el sentido de estos autores -no hay amenaza de sanciones, ni de uso de fuerza-, y sin embargo tienen efectos muy similares sobre la autonomía de las y los ciudadanos de ese país que si fueran obligatorios (el ejemplo es de J. COHEN & SABEL, 2006, p. 167, quienes lo usan para criticar la interpretación estrecha de esta idea de NAGEL, 2005). Para algunas revisiones de la bibliografía acerca de cómo los actores operan con estas técnicas en el área de las relaciones internacionales, véase, por ejemplo, KINGSBURY, 1998; SIMMONS, 1998, 2010; J. VON STEIN, 2012.

<sup>132</sup> La escuela de pensamiento conocida como *Law and Economics*, extremadamente popular en numerosas facultades de derecho alrededor del mundo (particularmente en Estados Unidos), ha alcanzado un grado de sofisticación muy elevado en relación a la operación de este tipo de técnicas. Hoy en día, saber manipular adecuadamente no solo el palo, sino también la zanahoria, es un recurso indispensable para ejercer exitosamente como abogado o abogada en distintas facetas de la vida profesional. Sobre esta tradición, véase clásicamente, CALABRESI, 1970; POSNER, 1979, 2007. Para sus aplicaciones al derecho internacional, véase GOLDSMITH & POSNER, 2006; GUZMAN, 2008 o, generalmente, BIANCHI, 2016, pp. 263–286.

<sup>133</sup> FOUCAULT, 2007, p. 218.

<sup>134</sup> Véase, generalmente, FOUCAULT, 2007. Para una explicación, véase GUTTING & OKSALA, 2018. Para aplicaciones al ámbito inter y transnacional, véase, por ejemplo, MERRY, 2001, 2012; MERRY & CONLEY, 2011. Véase también GOLDMANN, 2016, pp. 60–61.

definiciones tradicionales<sup>135</sup>. Laura Valentini, por ejemplo, propone incluir dentro de la idea de “sujeción” lo que ella llama, primero, “coerción interactiva”, en la cual no es necesario un elemento de intencionalidad, sino que basta con que la afectación a la voluntad sea previsible y evitable<sup>136</sup>, y segundo, “coerción sistémica”, “el tipo de coerción ejercida a través de un sistema de reglas formales o informales, promulgadas por un número suficiente de agentes”<sup>137</sup>. Nancy Fraser, en tanto, entiende la idea de sujeción “de modo amplio, incluyendo relaciones de poder de distinto tipo. Así, las estructuras de gobernanza no quedan restringidas a los Estados, sino que incluyen también agencias no estatales que producen normas capaces de estructurar patrones importantes de interacción social”<sup>138</sup>. En la misma línea, Matthias Goldmann incluye dentro de los mecanismos de sujeción propios de las decisiones “públicas” diversos tipos de “regulación externa”, “tales como la fuerza física, incentivos económicos, o consecuencias reputacionales”, pero también el tipo de “autoridad semántica” propia del derecho internacional, que sujeta a los agentes a través de aquellas “restricciones discursivas a las que están expuestos quienes deben argumentar ante tribunales internacionales y otros foros, debido a su deseo de ser y permanecer dentro de un cierto grupo”<sup>139</sup>.

Gracias a esta ampliación de la interpretación de la idea de “coerción”, el principio resultante no parece muy distante de la versión restrictiva del principio de afectación que defienden autores como Macdonald, Fung, y Warren. En ambos casos, el elemento clave es la existencia de una afectación significativa de la autonomía de las personas que resulte de estructuras de poder que estén fuera de su control. Ese poder puede ser coercitivo en el sentido clásico, pero también puede ser ejercido a través de estructuras descentralizadas

---

<sup>135</sup> Si bien se lo suele considerar un suscriptor del principio de “todas y todos los afectados”, creo que la definición de James Bohman del criterio que genera exigencias de legitimidad se acerca bastante a los planteos de estos autores (lo que no es demasiado notable, si mi argumento respecto de la convergencia entre ambos principios es considerado exitoso). Bohman sostiene que “las circunstancias de la política emergen a través de la inclusión no voluntaria de las personas en esquemas cooperativos indefinidos” (BOHMAN, 2007, p. 25).

<sup>136</sup> A diferencia de la “coerción estrecha”, en la cual “un agente A coacciona a un agente B si A intencionalmente fuerza a B a hacer, o dejar de hacer X a través de una orden apoyada por la amenaza de sanciones”, aquí “un agente A coacciona a un agente B si A previsiblemente y de modo evitable genera restricciones a la libertad de B, comparadas con la libertad de B en la ausencia de la intervención de A (*ceteris paribus*)” (VALENTINI, 2011, pp. 209–210).

<sup>137</sup> VALENTINI, 2011, p. 212

<sup>138</sup> FRASER, 2010, p. 65

<sup>139</sup> Véase GOLDMANN, 2016, pp. 62–63. Para una idea similar, véase mi argumento del capítulo 3 de esta tesis.

que no necesariamente utilicen la fuerza (o la amenaza de usar la fuerza) para imponer cambios involuntarios en la conducta de las personas.

No obstante, los principios parecen volver a distanciarse una vez que se incorpora al principio de sujeción el elemento, tradicionalmente entendido como necesario, (2) de la *legalidad*. La versión clásica del principio, que parte de la observación de cómo funciona la sujeción en el contexto del Estado, afirma que solamente pueden ser decisiones “públicas” aquellas que propongan el uso de la coerción para hacer cumplir obligaciones impuestas por normas jurídicas. Como consecuencia de ello, solamente aquellos que el sistema jurídico reconozca como sujetos -y no otros meramente afectados por las relaciones fácticas de poder- podrán reclamar ser incluidos en los procedimientos relevantes de toma de decisiones.

Ahora bien, esta formulación del principio que entiende que ambos elementos son simultáneamente necesarios también ha sido objeto de importantes críticas. El problema es que, como sostiene Arash Abizadeh, hay una cuota de “perversidad” en excluir de las exigencias de legitimidad aquellas decisiones que estén acompañadas por coerción, pero que no estén revestidas por las formalidades del derecho: “esto implica que un Estado [o cualquier otra institución] podría legítimamente denegarles derechos políticos a aquellas personas sobre las cuales ejerce un poder coercitivo simplemente haciéndolo por fuera de la ley, o sin imponerles obligaciones jurídicas”<sup>140</sup>. Si así fuera, la tiranía y el autoritarismo podrían evadir toda exigencia de legitimidad simplemente ejecutando sus decisiones por fuera del sistema jurídico<sup>141</sup>.

Por este motivo, autoras como Eva Erman expanden nuevamente la formulación del principio de sujeción, entendiendo que los dos elementos -la coerción y la legalidad-

---

<sup>140</sup> ABIZADEH, 2012, p. 878. En otro texto, Abizadeh expresa esta misma perversidad poniéndose en el lugar del Estado que genera efectos coercitivos sobre personas no sujetas a sus normas: “no solo te coaccionamos, sino que te coaccionamos sin sujetar nuestra coerción continua a los límites de un sistema jurídico y al Estado de derecho, y por lo tanto no tenemos responsabilidades de justicia distributiva comparativa respecto de vos’. La perversidad de este argumento es clara: con esta interpretación, Blake está sugiriendo que el hecho de que el Estado maltrate a extranjeros coaccionándolos fuera del derecho, sin limitar su coerción con el Estado de derecho, es lo que justifica negarles consideración por su privación relativa, y lo que limita el alcance de la justicia distributiva [y de las exigencias de legitimidad democrática]” (ABIZADEH, 2007, p. 351). Véase, sobre este punto, JULIUS, 2006, pp. 179–184; LORIAUX, 2011, pp. 121–122.

<sup>141</sup> En el mismo sentido argumenta A. J. Julius: “Parecería que puedo cancelar esta obligación simplemente ajustando mi actitud. Si mi objetivo pasa a ser exclusivamente coaccionarte a aceptar los términos -si no pretendo convencerte de aceptarlos- entonces dejo de deberte una razón para que los aceptes” (JULIUS, 2006, p. 180).

deben ser considerados suficientes, separada y no conjuntamente, para generar exigencias de legitimidad<sup>142</sup>. Así, puede considerarse que una persona está “sujeta” a una decisión o bien cuando esta es impuesta coercitivamente, en el sentido antes referido, o bien cuando esta es para ella jurídicamente vinculante, aun sin que existan mecanismos coactivos para hacer cumplir esa obligación. Para Erman, “incluso en los casos en los que el derecho no tiene ningún poder coercitivo sobre una persona, afirmaríamos de todos modos que ella está *sujeta* a la norma porque ella la ha *autorizado*”<sup>143</sup>. Lo que yace detrás de esta idea es una concepción normativa del derecho (como la que defendí en capítulos anteriores), que asocia la validez de un sistema jurídico con su legitimidad<sup>144</sup>. La formulación de Erman no admite la posibilidad de que existan normas jurídicas sin que las personas sujetas a ellas las hayan “autorizado”: esa “autorización” es, precisamente, la que vuelve vinculantes a esas normas, la que las constituye en *derecho*. Es por este motivo que siempre que haya derecho, debería haber un procedimiento democrático -lo que Erman llama una “autorización”- detrás.

El argumento parece circular, pero no lo es. La razón que cierra el círculo tiene que ver, nuevamente, con la obligación de respeto a la autonomía de las personas que se deriva del principio de igualdad moral. El punto en este caso es que la simple circunstancia de que alguien hable en nombre de otra persona constituye una afectación significativa a la autonomía de esa otra persona. Por supuesto, no es en este caso la faceta privada de la autonomía la que se ve vulnerada, sino la faceta pública<sup>145</sup>. Aun cuando la norma no afecte de ningún modo los planes individuales de la persona, esta persona tiene derecho a que no se utilice su nombre para fines que ella no ha “autorizado”, como sostiene Erman<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> Véase ERMAN, 2013, pp. 71–72 y, en la misma línea, OWEN, 2012, p. 145.

<sup>143</sup> ERMAN, 2013, pp. 71–72.

<sup>144</sup> Véanse los capítulos 2 y 3 de esta tesis.

<sup>145</sup> Véase generalmente, sobre la “autonomía pública”, HABERMAS, 1996, pp. 84–104, y también BENVENISTI, 2014a, p. 105.

<sup>146</sup> Pensemos en el siguiente ejemplo. Un grupo de estudiantes amigos tiene opiniones divididas respecto de un cierto profesor: algunos lo quieren, otros lo detestan. Cuando el profesor muere, uno de los amigos decide publicar un obituario en nombre de todos, elogiando al profesor. Aún cuando esa decisión no tenga efectos concretos sobre la vida de los estudiantes que no querían al profesor, parece sensato decir que fue ilegítima, porque estos últimos no pudieron participar de una decisión tomada en su nombre. También podemos pensar en ejemplos relacionados con el derecho internacional. De acuerdo con la regla de la “protección diplomática”, los Estados pueden tomar reclamos de sus nacionales por violaciones a sus derechos cometidas por otros Estados y demandar en su nombre en la esfera internacional. Supongamos un caso en el cual los derechos de un individuo X –que nació en un país subdesarrollado de ingreso bajo Y, pero vive en el país desarrollado ingreso alto Z– son violados por autoridades de Y. X no inicia reclamos contra Y por esa violación pensando en el bienestar de su familia, que todavía está en ese país. Supongamos



Y aquí viene un punto interesante: si ella no autorizó que se creen normas en su nombre, pero de todos modos esto se hace, entonces esas normas -aun cuando no tengan efectos coactivos sobre su autonomía privada- son coercitivas para ella, dado que le imponen un cierto rol en la conducción de los asuntos públicos distinto del que ella aceptó a través de sus actos. Entonces, dado que esas normas tienen consecuencias restrictivas sobre su autonomía con cierto grado de coerción, esa persona tiene, como aquellas sujetas de hecho a los designios de esa norma, derecho a exigir la posibilidad de participar democráticamente en el proceso de toma de decisiones que precede a la creación de esa norma<sup>147</sup>.

### 2.1.3. Un principio convergente

Si se acepta esta evolución de los argumentos tanto con respecto al principio de afectación como con respecto al principio de sujeción, el resultado final es una convergencia mucho mayor de la que parecía posible inicialmente. Las y los autores que adscriben a ambos principios parecen estar de acuerdo en que una decisión será “pública”, y deberá ser tomada democráticamente, *cuando (1) tenga el potencial de afectar significativamente la autonomía -pública o privada- de las personas, (2) mediante el ejercicio de coerción en sentido amplio, es decir, mediante la operación de relaciones de poder capaces de afectar la voluntad de una persona a través de cualquier medio.*

Un aspecto notable de esta definición es que ambos elementos -la afectación de la autonomía, y la sujeción a la coerción- son por naturaleza graduales, y no binarios. La tarea de encontrar los umbrales correspondientes en cada caso es una que es necesariamente contextual: para determinar qué exigencias de legitimidad democrática existen sobre el procedimiento por el cual se debe tomar la decisión, habrá que estudiar

---

ahora que Z decide reclamarle a Y en nombre de X sin consultarle, y sin que X siquiera se entere de que Z está reclamando en su nombre. Aún cuando la decisión de realizar el reclamo no afecte en modo alguno las elecciones ni los planes de vida de X, diríamos que éste tenía un derecho a participar en la decisión respecto del reclamo, y que por lo tanto es ilegítima.

<sup>147</sup> Creo que este razonamiento captura algunas intuiciones presentes en la obra de Thomas Nagel, pese a contradecir una parte de su argumento. Nagel sostiene que “sin que tengamos opción, se nos asigna un rol en la vida colectiva de una sociedad en particular. La sociedad nos hace responsables por sus actos, que son tomados en nuestro nombre y sobre los cuales, en una democracia, hasta podemos tener cierta influencia; y nos hace responsables por obedecer sus leyes y atenernos a sus normas, apoyando de ese modo las instituciones que crean y distribuyen las ventajas y desventajas” (NAGEL, 2005, p. 129). A mi entender (y el de Erman, por ejemplo), este hecho es suficiente para generar exigencias de legitimidad, aun cuando las normas en cuestión no sean coercitivas en el sentido que sostiene Nagel. Nagel contradice esto explícitamente, tanto en la construcción de su teoría como en la sección en la que analiza su aplicación a las relaciones internacionales, pero no discute específicamente los motivos para ello.

cuánta afectación existe, y en qué medida esa afectación es resultado de coerción entendida en sentido amplio.

## **2.2. La legitimidad del derecho internacional a la luz del principio convergente**

Todo este desarrollo deja a nuestra intérprete con mejores herramientas para examinar los indicios relevados en los capítulos anteriores respecto de la discusión interpretativa en torno al derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional.

En líneas generales, parecería que el derecho internacional queda a grandes rasgos cubierto por lo estipulado por el principio convergente, por dos motivos. Por un lado, la autonomía de las personas se ve cada vez más afectada, directa e inevitablemente, por normas de derecho internacional que son resultado de relaciones estructurales de poder de gran magnitud. A diferencia de lo que ocurría hace doscientos años, las normas internacionales que hoy en día no tienen efectos visibles sobre la vida de las personas no son la regla, sino más bien la excepción<sup>148</sup>. Por otro lado, como argumenté anteriormente, el derecho internacional aspira por definición a la legitimidad, y para ello habla inevitablemente no en nombre de los Estados o de otros colectivos, sino de los individuos. Al hablar en nuestro nombre, esas decisiones afectan la autonomía de las personas, se vuelven “públicas”, y quedan sujetas a exigencias de legitimidad democrática.

Pero, más allá de estas consideraciones generales, sugerí anteriormente que este principio puede ser útil para nuestra intérprete para analizar la potencial existencia del derecho a la participación con más detalle, en dos sentidos. Primero, el principio puede ser útil (1) para determinar qué parte específica del derecho internacional está sujeta a exigencias de legitimidad democrática -es decir, cuáles son *las fuentes* relevantes-, y segundo, (2) para determinar quiénes son los que tienen legitimación para reclamar la existencia de ese tipo de procedimientos – es decir, quiénes son *los sujetos* relevantes. Exploremos rápidamente estas dos cuestiones.

### **2.2.1. Un concepto amplio de las “fuentes de derecho internacional”**

De acuerdo con la visión clásica de la disciplina, las fuentes del derecho internacional son aquellas codificadas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de

---

<sup>148</sup> Véase, por ejemplo, WEILER, 2004.

Justicia: *tratados internacionales, costumbre y principios generales del derecho*<sup>149</sup>. La razón de ser de todas estas fuentes, siempre según la visión tradicional, es que constituyen diversas expresiones del consentimiento de los Estados, lo que significa, como vimos, que fueron creadas en nombre de los individuos que habitamos esos Estados. Por este motivo, y siguiendo la lógica recién expuesta, no caben dudas de que corresponde exigir que todas estas fuentes se ajusten al principio de autogobierno democrático, incluso cuando no tengan un impacto directo sobre la vida de las personas.

La misma lógica funciona respecto de los *actos unilaterales* de los Estados, basados claramente en la voluntad estatal. Y, aunque no parezca a primera vista tan evidente, el mismo razonamiento es aplicable a las *resoluciones de organizaciones internacionales*. En este caso, el vínculo con el consentimiento estatal es un poco más lejano, pero no deja de ser -al menos según la doctrina clásica- el fundamento último de su autoridad. Además, incluso en aquellos casos en que la normativa parece más supranacional y menos intergubernamental, y en los que el consentimiento de los Estados juega un rol menos relevante, las organizaciones internacionales deben fundamentar su autoridad en relación a las personas que están bajo su jurisdicción: en otras palabras, también hablan en nuestro nombre.

La cuestión se vuelve bastante más compleja cuando se pretende analizar esa amplia gama de normas tradicionalmente englobadas bajo el concepto de *soft law*<sup>150</sup>. Se suele incluir dentro de esta categoría -además de, en ocasiones, las resoluciones de organizaciones internacionales- “programas de acción, textos de tratados aún no vigentes o no vinculantes para un actor determinado, declaraciones interpretativas a convenciones internacionales, recomendaciones e informes adoptados por agencias internacionales o en conferencias internacionales, así como otros instrumentos y acuerdos similares usados en relaciones internacionales para expresar compromisos”<sup>151</sup>. Además, dentro de esta rúbrica se puede ubicar la variedad de normas y principios que tradicionalmente se conocen como

---

<sup>149</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38. Para un análisis pormenorizado, véase, por ejemplo, PELLET, 2012.

<sup>150</sup> Sobre el *soft law* y los diversos grados de juridicidad, véase, por ejemplo, CHINKIN, 1989; GOLDMANN, 2010; KINGSBURY, 2009b; KIRTON & TREBILCOCK, 2004; MERRY, 2014, 2015; SHAFFER & POLLACK, 2009–2010; THÜRER, 2009; WEIL, 1983.

<sup>151</sup> THÜRER, 2009.

“derecho de la gobernanza global”<sup>152</sup>, “derecho administrativo global”<sup>153</sup> o “derecho global”<sup>154</sup>, en el que la normativa resultante del funcionamiento de las organizaciones intergubernamentales convive con instrumentos producidos por redes transnacionales de funcionarios reguladores nacionales, con decisiones con efecto transnacional tomadas por reguladores nacionales bajo tratados, redes, u otros regímenes cooperativos, con acuerdos híbridos entre entes intergubernamentales y entes privados, y con instituciones privadas con funciones regulatorias que tienen impacto público<sup>155</sup>.

El análisis de este abanico de instrumentos tan diversos a la luz del principio antes identificado presenta complejidades significativas, principalmente por las diferencias que tienen ellos entre sí: no es lo mismo estudiar las exigencias de legitimidad de una ley modelo de la OECD, que las de una decisión adoptada por órganos formalmente privados como ICANN o la FIFA. De todos modos, se puede observar que, en líneas generales, hay una menor tendencia de este tipo de instrumentos a hablar en nombre de una ciudadanía general, como en el caso de las normas clásicas de derecho internacional público. Por lo tanto, para determinar si los instrumentos quedan o no sujetos a exigencias de legitimidad democrática, habrá que analizar en cada caso el grado de afectación de la autonomía de las personas y en qué medida esta afectación ocurre como resultado de la

---

<sup>152</sup> Véase, por ejemplo, BENVENISTI, 2014b; A. V. BOGDANDY ET AL., 2010; DAVIS, KINGSBURY, & MERRY, 2012; DE BÚRCA ET AL., 2013; DE BÚRCA, KEOHANE, & SABEL, 2014; DONALDSON & KINGSBURY, 2013

<sup>153</sup> Véase, por ejemplo, S. CASSESE, 2004, 2015; CORDER ET AL., 2009; ESTY, 2006; HARLOW, 2006; KINGSBURY, 2009b, 2009c, 2012b; KINGSBURY ET AL., 2016, 2005; KINGSBURY & STEWART, 2018; KRISCH, 2006; R. B. STEWART, 2015

<sup>154</sup> Véase, por ejemplo, WALKER, 2014.

<sup>155</sup> Véase, centralmente, KINGSBURY ET AL., 2005. Los estudios de este derecho de la gobernanza global, como el de Kingsbury; Krisch y Stewart suelen partir de la constatación de una creciente “desagregación del Estado” en los procesos de producción normativa, tanto nacional (KINGSBURY & DONALDSON, 2013) como internacional (KINGSBURY, 2009a). En el ámbito nacional, una parte importante de la normativa ya no es decidida en el seno de los parlamentos, sino que es delegada a funcionarios -en general, técnicos del poder ejecutivo- con capacidad regulatoria (RUBIN, 1989). Un proceso correlativo se genera, entonces, en las relaciones internacionales: ya no hay un monopolio de las interacciones inter-estatales por parte de los ministerios de relaciones exteriores, sino que los distintos funcionarios con capacidad de tomar decisiones establecen redes transnacionales de gobernanza en sus respectivas áreas de regulación (A.-M. SLAUGHTER, 2004). Se genera así un nuevo “espacio regulatorio”, que opera debajo del nivel altamente publicitado de las conferencias diplomáticas y de creación de tratados, pero sobre gran parte del accionar de los reguladores domésticos, cuya acción es en cierta medida dirigida o restringida por los procesos que ocurren en este espacio (BARREIROS & MAISLEY, 2016). Pese a que muchos de los instrumentos derivados de estos espacios son “derecho blando”, técnicamente no vinculantes, el carácter inherentemente global de los bienes públicos en juego y la necesidad de los Estados de sobresalir en la competencia global por flujos de capital hacen que la normatividad de estos instrumentos sea mayor de la que refleja su status jurídico formal. No obstante, todos estos espacios y estas regulaciones conviven, interactúan y compiten con los sistemas jurídicos clásicos, tanto a nivel nacional como internacional (WEILER, 2004).

coerción (en sentido amplio) de estas normas. Como sostuve antes: la aplicación del test será necesariamente contextual, pero ello no quita que nuestra intérprete cuenta ya con bastantes herramientas para guiar su análisis.

### 2.2.2. Un concepto plural de los “sujetos de derecho internacional”

Finalmente, el principio también le otorgará a nuestra intérprete una guía en la determinación de *quiénes* son aquellos a los que el principio democrático debe incluir, es decir, quiénes deben tener un derecho a participar en la creación de cada norma específica. El próximo capítulo indagará más profundamente en este punto, particularmente en relación a las tensiones entre representación y participación en la toma de decisiones más allá de la frontera de los Estados. Pero vale la pena mencionar aquí que de la aplicación del test previsto por el principio nuestra intérprete obtendrá bastante información relevante para interpretar el contenido del derecho a la participación.

En líneas generales, aquellos y aquellas que podrán exigir procedimientos democráticos de creación normativa serán quienes se vean afectados coercitivamente (en sentido amplio) por las normas en cuestión, ya sea porque estas impactan en su capacidad de “formular y efectivamente perseguir fines auténticamente personales”<sup>156</sup>, o porque estas “hablan en su nombre”<sup>157</sup> sin su autorización. Así, cualquier persona podrá exigir que los procedimientos de toma de decisiones en el seno de la Organización de las Naciones Unidas sean más democráticos, porque la organización habla en nombre de todas y todos<sup>158</sup>, pero solamente quienes vean significativamente afectada su autonomía por las relaciones de poder generadas por el NAFTA, por ejemplo, o por el Mercosur, podrán (además de las y los ciudadanos de los Estados miembros) exigir mecanismos inclusivos en relación a dichos acuerdos.

La consecuencia necesaria de la aplicación contextual de este principio, como sostiene Terry Macdonald, es que en lugar de “ver el derecho a la participación como algo que debe ser otorgado a todos los individuos por igual en virtud de su membresía en una sociedad democrática ‘cerrada’, estas posibilidades de participación deben ser otorgadas

---

<sup>156</sup> MACDONALD, 2008, p. 37.

<sup>157</sup> WALDRON, 2009, p. 684, para una discusión el contexto del derecho internacional (concebido como derecho inter-públicos), véase KINGSBURY & DONALDSON, 2011, p. 84.

<sup>158</sup> “Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas...” dice el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas. Como vimos anteriormente, esa apelación a “los pueblos” no puede ser entendida de otro modo que como una apelación a “las y los ciudadanos de los pueblos”. Véase, al respecto, el punto II.1 de este capítulo.

a los individuos en relación a aquellas formas de poder que impactan de forma problemática en su autonomía”<sup>159</sup>. El panorama resultante, entonces, es uno en el que existen múltiples *demoi* superpuestos<sup>160</sup>, y en el que las personas tienen membresías múltiples en distintas comunidades políticas, no necesariamente en base a su ubicación territorial, sino más bien como resultado de la relación en la que se encuentran con respecto a los distintos sistemas normativos<sup>161</sup>. Así, por ejemplo, es probable que el dato clave para poder exigir ser incluido en el debate de una Conferencia sobre Población y Desarrollo donde se discuten los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres sea ser mujer más que ser nacional de uno de los Estados participantes. Y es también este el motivo por el cual el reclamo de Zahara Heckscher de que se le permita participar en las negociaciones del TPP en las cuales estaba en juego una regulación que ponía en riesgo su vida era tan urgente – además de que quienes negociaban ese tratado lo hacían en su nombre, como ciudadana estadounidense<sup>162</sup>.

La conclusión que se deriva de este desarrollo es que nuestra intérprete deberá ser sensible a la aplicación contextual del principio convergente en su esfuerzo de leer el derecho internacional a su mejor luz. En aquellas decisiones que finalmente identifique como “públicas”, será de aplicación el principio de autogobierno democrático, el cual requiere que el procedimiento decisorio sea respetuoso de los intereses, voluntades y opiniones de aquellos y aquellas afectadas – un universo de personas que seguramente sea transnacional, plural y dinámico<sup>163</sup>. En el próximo capítulo analizaré qué quiere decir

---

<sup>159</sup> MACDONALD, 2008, p. 41. James Bohman explica que “[m]ás que un espacio común, o una condición singular y uniforme, la interdependencia global está, en general, altamente estratificada, con diferencias interconexiones en distintos ámbitos. Por lo tanto, incluso si la globalización aumenta las circunstancias en las cuales vivimos juntos en el tiempo y el espacio político, no se sigue que tengamos el mismo destino dentro de este (aunque esta convergencia sí puede aplicarse a ciertos problemas, como el calentamiento global). El fenómeno más común de las consecuencias diferenciadas más que compartidas significa que la globalización no produce un espacio social compartido. En cambio, es experimentada de distintas formas por distintas personas o comunidades políticas, con impactos marcadamente diferentes en distintos lugares” (BOHMAN, 2007, p. 24).

<sup>160</sup> Véase, sobre esta idea, BESSON, 2009; BESSON & MARTÍ, 2018; BOHMAN, 2007; FORST, 2013.

<sup>161</sup> La irrelevancia de la ubicación territorial para la adscripción de membresías en comunidades políticas distingue esta lectura de la propuesta de “comunidades anidadas” de Thomas Pogge, quien establece un requisito de “contigüidad” para la constitución de estos *demoi*, que él sigue pensando en clave territorial (véase POGGE, 1992, p. 74).

<sup>162</sup> Véase el comienzo del capítulo 1 de esta tesis.

<sup>163</sup> Esta aproximación que reconoce la “membresía múltiple”, explica Archon Fung, “acepta que las decisiones de las organizaciones, los intereses que afectan, y los individuos que que influyen esas decisiones cambian todo el tiempo” (FUNG, 2013, p. 253).

que este procedimiento debe ser democrático, particularmente a la luz de las peculiaridades de la esfera global, y cómo es que debe incluirse a esta diversa “sociedad civil” en ese proceso.





## **CAPÍTULO 8: EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL COMO IDEAL DEMOCRÁTICO (Y LA REPRESENTACIÓN COMO MAL NECESARIO)**

En el capítulo anterior, vimos que aquellas normas que afecten la autonomía (pública o privada) de las personas como resultado de mecanismos coactivos (entendidos estos en sentido amplio) están sujetas a exigencias de legitimidad democrática. Vimos, también, que el derecho internacional se ajusta a grandes rasgos a estas características, y que por lo tanto su legitimidad depende de que su creación sea resultado de procedimientos democráticos. Concluimos, entonces, que, para mostrar al derecho internacional en su mejor luz, nuestra intérprete deberá buscar aquella versión de las normas internacionales indagadas en capítulos anteriores que sea más coherente con el principio de autogobierno democrático. Lo que no hicimos, aun, es estudiar en detalle el contenido de este principio, ni sus implicancias para el trabajo que nuestra intérprete debe llevar adelante.

Este capítulo estará dedicado, entonces, a analizar el principio de autogobierno democrático y su aplicación a las particulares condiciones en que funciona la creación de derecho más allá de las fronteras de los Estados. La discusión, en línea con el argumento de la tesis, girará en torno a si este principio genera o no una exigencia de que existan espacios de participación directa de la sociedad civil en los procesos de toma de decisiones que llevan a la creación del derecho internacional. La inquietud tiene relevancia dado que dos de las corrientes más importantes en las discusiones de democracia global han defendido esquemas institucionales que le restan importancia a la existencia de estos espacios de participación directa. La primera de estas corrientes está integrada por quienes defienden (1) un *modelo estatista* de creación de derecho internacional. Estos autores y autoras aceptan que las decisiones supraestatales son pasibles de exigencias de legitimidad democrática, pero entienden que el mejor diseño institucional para cumplir con esas exigencias no es uno basado en la participación directa de la sociedad civil, sino uno que priorice el rol de los Estados como representantes de los individuos. La versión más detallada de este “modelo estatista” es el esquema que

---

\* Una versión preliminar de la sección I de este capítulo fue publicada en 2017 en *Lecciones y Ensayos*: véase MAISLEY, 2017a.

Thomas Christiano y Philip Pettit llaman “asociación voluntaria de Estados”<sup>1</sup>. Se trata de una estructura de gobernanza global ideal que parte del sistema interestatal tradicional, pero le realiza una serie de mejoras para garantizar, por un lado, que los Estados sean representativos de sus individuos, y por otro, que las interacciones entre los Estados se den de un modo equitativo. El resultado es un mundo donde los Estados toman decisiones internacionales que gozan de “legitimidad transitiva”, debido a que las posiciones de los individuos son oídas por medio de sus representantes estatales. La segunda de estas corrientes, en tanto, es la que integran los pioneros en los estudios en materia de democracia más allá de las fronteras de los Estados: los defensores de (2) la *democracia cosmopolita*. La principal propuesta de autores como David Held o Daniele Archibugi para resolver el déficit democrático del derecho internacional consiste en la creación de asambleas parlamentarias globales, es decir, instituciones internacionales representativas, directamente elegidas por la ciudadanía mundial. Para estos autores, la participación de la sociedad civil en los procesos de creación de derecho internacional puede llegar a ser valiosa, pero es, en todo caso, secundaria frente al desafío central de lograr representantes internacionales directamente elegidos.

El capítulo estará dedicado a discutir con estos modelos “estatistas” y “cosmopolitas”, y a delinear los fundamentos de una mirada alternativa, que deriva del principio de autogobierno democrático una exigencia central de creación de espacios de participación directa de la sociedad civil, y que entiende a la representación, en todo caso, como un “mal necesario”. Para llegar a esta conclusión, el capítulo comenzará con una exploración de las exigencias que se derivan del principio de autogobierno democrático, en general. En (I) la primera sección, defenderé la posición que sostiene que la representación política no es en sí mismo algo valioso, sino en todo caso un mal necesario, y que la participación directa de la sociedad civil es indispensable para democratizar los procesos de toma de decisiones. Para ello, primero (1) presentaré un argumento afirmativo respecto del ideal de autogobierno como un ideal de participación plena. Luego, (2) intentaré responder los argumentos presentados por lo que describiré como dos corrientes “representativistas” distintas: (2.1) una clásica, *madisoniana*, reacia a cualquier idea participativa, y (2.2) otra más bien moderna, que admite cierto espacio para la participación. Con las herramientas teóricas desarrolladas en esta primera sección, la

---

<sup>1</sup> CHRISTIANO, 2010; PETTIT, 2010b.

segunda (II) estará dedicada específicamente al plano global. Además de (1) responder los argumentos de quienes defienden los modelos “estatista” y “cosmopolita” -usando principalmente las herramientas teóricas de la discusión de la sección anterior-, (2) exploraré un modelo alternativo de democracia global, que le otorga un rol más central a la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones. En la última sección, finalmente, (III) intentaré sacar algunas conclusiones para nuestra intérprete de todo este desarrollo.

## **I. EL PRINCIPIO DE AUTOGOBIERNO DEMOCRÁTICO: LA PARTICIPACIÓN COMO IDEAL, Y LA REPRESENTACIÓN COMO MAL NECESARIO**

### **1. LA PARTICIPACIÓN COMO IDEAL**

En la actualidad, nadie discute la centralidad que tiene la representación política para los procesos democráticos de toma de decisiones. Vivimos en sociedades extensas, complejas, y en las que el tiempo de los ciudadanos es escaso, lo que impide que podamos adoptar cada decisión en una asamblea participativa. Esa situación sería agotadora, desgastante, invasiva. Frente a estos límites, la representación parece ser la solución de consenso. Ahora bien, pese a que (casi<sup>2</sup>) nadie discute el desarrollo de este proceso, sí existe un cierto disenso respecto de su justificación normativa: mientras que algunos autores (i) creen que la representación es un “mal necesario”<sup>3</sup> al que tenemos que apelar frente al tamaño de las comunidades políticas, es decir, “un *second best* respecto a la participación directa e informada de los ciudadanos en dicha toma de decisiones”<sup>4</sup>; (ii) otros entienden que la representación tiene un valor democrático en sí mismo, que la hace apreciable más allá de su rol subsidiario respecto de la participación directa<sup>5</sup>.

Creo que son tres los motivos por los cuales quienes creen que la representación es un “mal”, entienden de todos modos que es un mal “necesario”. En primer lugar, (i) por una cuestión de *tamaño*: sería fácticamente imposible que todos los ciudadanos de cualquier comunidad política contemporánea puedan tener una participación activa en cada una de las decisiones que se toman. En segundo lugar, por una cuestión de (ii)

---

<sup>2</sup> La excepción quizás sea Benjamin Barber (BARBER, 1984, pp. 145–146).

<sup>3</sup> NINO, 1996, pp. 146–147.

<sup>4</sup> MARTÍ, 2006a, p. 242 Véase también BOHMAN, 1998, p. 416.

<sup>5</sup> BESSON, 2005; BRENNAN & HAMLIN, 2000; KATEB, 1981; PLOTKE, 1997; URBINATI, 2000, 2006, 2011; YOUNG, 1997

*tiempo*: como sugirió Benjamin Constant hace ya varios siglos<sup>6</sup>, un modelo en el cual los ciudadanos participen en cada una de las decisiones los privaría de cualquier esfera de autonomía, puesto que su plan de vida individual debería ceder ante el interés público en su participación política. Y, en tercer lugar, por una cuestión relacionada con (iii) *la cantidad de decisiones, y el grado de afectación sobre los individuos*: hoy en día, nuestras comunidades políticas toman infinidad de decisiones cada día, y no todas tienen la misma relevancia para los ciudadanos. Por este motivo, los individuos delegan en representantes ciertas decisiones que no consideran tan importantes en relación a su plan de vida.

Ahora bien, para poder comparar las posiciones de quienes consideran que la representación es valiosa en sí misma y quienes la aceptan solo como un *second best*, propongo que imaginemos una situación en la cual estos tres obstáculos no sean tales: si –aún en esa situación– entendemos que la representación es positiva, entonces estaremos obligados a aceptar su valor intrínseco; si, en cambio, en esa situación preferimos un modelo de participación directa, entonces tendremos que aceptar que lo único que justifica a la representación es su valor para superar las dificultades prácticas planteadas por estos tres obstáculos, y no algún mérito propio, inherente.

Para imaginar esta situación, propongo que apelemos al ejemplo que plantea Gerald Cohen en su libro *Why Not Socialism?*, el de un campamento pequeño<sup>7</sup>. Supongamos que diez amigos y amigas deciden irse de campamento para pasar sus vacaciones, y que deben tomar una serie de decisiones relevantes para la experiencia, como, por ejemplo, el lugar en el que ubicar las carpas. Mientras algunos creen que conviene hacerlo junto al lago, principalmente para tener mejor vista, otros temen que por la noche allí haga frío, y prefieren hacerlo más lejos, detrás de unos árboles. En este caso, ninguno de los tres obstáculos es tal: (i) diez personas pueden juntarse a deliberar sin mayores inconvenientes; (ii) los acampantes están de vacaciones, por lo cual deliberar no les quita tiempo, y no afecta sustancialmente su plan de vida; y (iii) las decisiones en juego son lo suficientemente importantes para todas y todos como para decidir no delegarlas: por ejemplo, respecto de la ubicación de las carpas, el propósito del viaje es tener buenas vistas y disfrutar del paisaje, pero, a la vez, pasar frío puede arruinar toda la experiencia.

---

<sup>6</sup> CONSTANT, 1819

<sup>7</sup> G. A. COHEN, 2009. El ejemplo con el que trabajo no es exactamente el mismo que el de Cohen, sino que está adaptado para el argumento que quiero hacer en este trabajo.

En este contexto, entiendo que las y los viajeros tendrían dos grandes opciones respecto de qué mecanismo utilizar para tomar la decisión<sup>8</sup>. La primera sería a través de un *modelo participativo*, en el cual (i) todos los y las viajeras tengan el derecho de participar en la votación final en la que se tomen las decisiones, siempre y cuando (ii) hayan participado en la deliberación previa a esta decisión, proveyendo razones en defensa de su posición, y respondiendo a los argumentos esbozados por sus pares. La segunda opción sería la de un *modelo representativo*, en el cual (i), en última instancia, solo contarían los votos de los representantes electos por los viajeros, y en el cual (ii) solo estos representantes tendrían tanto la obligación de dar razones en la deliberación previa a la decisión, como el derecho de que esas razones sean tomadas en cuenta (es decir, que se decida en su favor o se argumente por qué se decide en contra).

Considerando estas dos opciones, creo que los viajeros estarían de acuerdo en que sería mejor que la decisión fuera tomada utilizando el primer modelo, es decir, que la decisión final fuera tomada por todos ellos, en conjunto, de forma participativa, y no por ciertos representantes de las distintas posiciones en juego. Pienso en tres grandes razones para adoptar esta postura.

En primer lugar, existen (a) *razones epistémicas* que sugieren que, en una situación como la descrita, el modelo participativo sería preferible al representativo. Diversos autores han subrayado una serie de factores que hacen que la participación de todos los potencialmente afectados por una cierta decisión sea más efectiva que la deliberación entre representantes a los fines de lograr una solución más imparcial<sup>9</sup>. El primer factor es que (i) oír todas las voces permite que se intercambie información que los representantes no necesariamente conocen. Por ejemplo, los representantes pueden no saber que uno de los acampantes estuvo con fiebre los últimos días, y que no puede pasar frío, o que otro de los viajeros es alérgico a las semillas de los árboles cercanos. Estos datos son fundamentales para que la decisión final sea más justa, y más respetuosa de los derechos de todos, y podrían ser pasados por alto en un mecanismo representativo. Segundo, (ii) la deliberación entre todos los afectados ayuda a detectar errores fácticos y lógicos que puedan ser cometidos en el proceso de toma de decisiones. En nuestro caso, quizás uno

---

<sup>8</sup> Por supuesto que en realidad existen infinitas opciones, porque existen infinitos modelos políticos, pero en este trabajo operaré con los dos tipos ideales que defino a continuación: el de un modelo participativo y el de otro representativo.

<sup>9</sup> Véase, en general, GARGARELLA, 1998a, p. 261; MARTÍ, 2006a, pp. 194–195; NINO, 1996, pp. 117–128.

de los acampantes no elegido como representante es meteorólogo, y puede comentar que no hay viento cerca de ese lago, u otro puede darse cuenta de que, siendo otoño, las semillas de los árboles lindantes no serían un problema. Por supuesto, estos errores también podrían ser detectados por los representantes, pero las probabilidades de filtrarlos serían mayores en caso de que la deliberación fuera más inclusiva. Tercero, (iii) la participación permite que las y los acampantes modifiquen sus posiciones a la luz de los argumentos presentados por otros de sus compañeros. A diferencia de lo que ocurre en el modelo representativo -en el cual, una vez elegido un representante, son menores los espacios para modificar el programa de acción elegido- el modelo participativo permite que los viajeros sean flexibles y, por lo tanto, más sensibles a los intereses y necesidades de sus pares, modificando su posición según lo que aprenden en la discusión colectiva. Por último, (iv) la participación dificulta la manipulación de la información, de la agenda, y de las preferencias políticas. Así, un procedimiento participativo evitaría, por ejemplo, que los representantes de quienes quieren acampar cerca del lago acepten ir más lejos a cambio de que algunos de los acampantes beneficiados se ocupen de lavar sus platos luego de la cena.

En segundo lugar, como explica Roberto Gargarella, existen (b) *razones motivacionales* para preferir la participación a la intervención de los representantes. “Aun cuando conozcamos perfectamente las preferencias de los otros, podemos no tener motivaciones para tomar en cuenta estas preferencias”, dice Gargarella. Con la participación, en cambio, “los ‘otros’ estarán ‘allí’, para impelernos a respetarlos”<sup>10</sup>. Trayendo el argumento a nuestro caso, no es lo mismo que todas y todos los acampantes escuchen a algunos de sus compañeros explicar cuánto sufren el frío por las noches, y lo mal que la pasarían cerca del lago, a que un representante deba convencer a otro –que ya tiene un mandato para ubicar las carpas cerca del lago, y que para cambiar de posición debería convencer luego él o ella a sus representados– de la importancia que tiene esta situación para algunos acampantes.

Por último, más allá de los dos tipos de razones instrumentales mencionados anteriormente, creo que existen centralmente (c) *razones morales* para adoptar esta solución. La igualdad moral de todos los individuos -que, como vimos en capítulos anteriores, constituye simultáneamente “el corazón de todas las teorías políticas

---

<sup>10</sup> GARGARELLA, 1998a, p. 262.

plausibles”<sup>11</sup> y el núcleo duro del derecho internacional de los derechos humanos<sup>12</sup>- exige que las opiniones y los intereses de todas y todos respecto de una cierta decisión política sean tratados con igual consideración y respeto<sup>13</sup>. Dado que necesariamente existirán desacuerdos razonables respecto de qué opción elegir en este proceso<sup>14</sup>, y dado que las personas tendrán intereses divergentes respecto de la decisión<sup>15</sup>, “cualquiera que sea excluido de participar en la discusión y en la toma de decisiones podrá ver que sus intereses no están siendo tomados seriamente y podrá legítimamente inferir que su estatus moral está siendo tratado como menor al del resto”<sup>16</sup>. El derecho igual a la participación

---

<sup>11</sup> KYMLICKA, 2002, p. 4. Véase también DWORKIN, 1977 (“El derecho a la igual consideración y respeto, entonces, es más abstracto que las concepciones estándar de la igualdad que distinguen distintas teorías políticas. Permite argumentos de que este derecho básico requiere una u otra de estas concepciones como un derecho o un objetivo derivativo”); DWORKIN, 2000, p. 1 (“Igual consideración es la virtud soberana de la comunidad política – sin ella, el gobierno es solo tiranía”); RAWLS, 1971, p. 511; SEN, 2009, p. 291 (“toda teoría normativa de la justicia social que ha recibido apoyo en tiempos recientes parece demandar igualdad de *algo* – algo que es visto como particularmente importante en esa teoría”); y, más generalmente, SEN, 1992 Para una explicación general, véase ALEGRE, 2010, p. 13.

<sup>12</sup> La expresión más clara de esto es probablemente el primer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se expresa en el mismo sentido, sosteniendo que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”. Al respecto, véase el capítulo 4 de esta tesis.

<sup>13</sup> Como explica Harry Brighouse, “un requisito para expresar respeto por nuestros conciudadanos es garantizar que van a tener disponible la posibilidad de ejercer igual influencia sobre nuestras circunstancias colectivas” (BRIGHOUSE, 1996, p. 123) Brighouse lo compara con las relaciones cotidianas: “Consideren las formas en que el igual respeto es expresado en el contexto de ciertas asociaciones afectivas; por ejemplo, en un grupo de amigos, sus preferencias en tomar decisiones acerca de dónde ir para cenar o qué película mirar. Si no consultamos a un miembro del grupo o, si habiéndolo consultado, no tomamos sus preferencias en cuenta al momento de tomar la decisión, eso es generalmente un signo de falta de respeto relativo. Darle sistemáticamente más o menos peso a los aportes de un amigo que al resto, o darle más o menos oportunidades de ser escuchados contaría también como una expresión de respeto desigual” (BRIGHOUSE, 1996, p. 123). Véase también BAYÓN, 2009, p. 223; MARTÍ, 2006a, pp. 96, 210; URBINATI & SAFFON, 2013, p. 442.

<sup>14</sup> Véase al respecto, famosamente, WALDRON, 1999a.

<sup>15</sup> Para esta idea, véase MARMOR, 2005, pp. 323–326 De esta lectura, Marmor deriva un fundamento diferente (aunque bastante similar) del derecho igual a la participación política: para él, este es consecuencia de la relevancia que las decisiones políticas tienen en la distribución de los recursos necesarios para que cada individuo pueda perseguir libremente su plan de vida – o, en otras palabras, en el principio de autonomía personal. En sus propias palabras: “Esta característica esencialmente competitiva de las decisiones políticas provee considerable apoyo a la idea de que el poder político, es decir, el poder de tomar decisiones autoritativas, puede ser visto como una especie de ‘bien primario’ que debe estar sujeto a consideraciones de ecuanimidad y de justicia distributiva. Por lo tanto, asumiendo, como hicimos, que el ideal de igual ciudadanía trae consigo el ideal de un derecho igual al respeto de la autonomía de uno, sería natural concluir que una distribución justa del poder político debería ser, *prima facie*, una igualitaria” (MARMOR, 2005, p. 326).

<sup>16</sup> CHRISTIANO, 2008, p. 88 En palabras de Juan Carlos Bayón: “el propio hecho de someter nuestros argumentos a la evaluación de los demás y estar dispuesto a reconocer el valor de los suyos es una forma

es fundamental, entonces, por lo que Christopher Griffin llama “la afirmación pública del status básico social de los individuos”<sup>17</sup>: a través de su consideración y respeto a las distintas opiniones políticas, la comunidad le expresa a cada una y cada uno de sus miembros su igualdad de status<sup>18</sup>. Así, al asegurar un procedimiento en el que participan todas y todos, la sociedad se reconoce a sí misma como una comunidad de libres e iguales, que toman ellos mismos -a través de procedimientos inclusivos- las decisiones respecto de su futuro. Lo opuesto, es decir, la exclusión del proceso político, “es una declaración de ciudadanía de segunda clase”<sup>19</sup>, es “una situación de dominación”<sup>20</sup>, es un “insulto, deshonor, o denigración”<sup>21</sup>, es “irrespetuoso”<sup>22</sup>, y es “un rechazo al reconocimiento de la capacidad de juicio moral de esa persona, que implica tratarla como a un niño, o como a un animal”<sup>23</sup>, o incluso “como [un] mero objeto”<sup>24</sup>.

Entonces, dado el valor central de darle a cada ciudadano la posibilidad de hacer oír y de hacer valer su voz respecto de las cuestiones políticas que le competen<sup>25</sup>, *debería optarse siempre por aquel procedimiento de toma de decisiones que restrinja menos estas*

---

de mostrar respeto hacia ellos y, en definitiva, de reconocerlos como nuestros iguales” (BAYÓN, 2009, p. 223).

<sup>17</sup> GRIFFIN, 2003, p. 120 La defensa de Ronald Dworkin de esta idea es similar, aunque él divide este concepto general en dos partes: una función “simbólica” (“la comunidad confirma la membresía de una persona, como un ciudadano libre e igual, al otorgarle un rol en el proceso de toma de decisiones colectivas”), y otra función relacionada con la “agencia moral” (“una estructura política decente permitirá que la gente participe no solo como votante sino como agentes morales que traerán razón, pasión y convicción a este rol”). Véase DWORKIN, 1987, pp. 4–5; 19–23.

<sup>18</sup> Griffin lo explica por analogía a la función expresiva de la pena, defendida por autores como Joel Feinberg: “El castigo representa la valoración de la comunidad de qué conducta es errónea o dañina. Del mismo modo, la distribución de poder político por parte de las instituciones representa la valoración de la comunidad respecto de qué juicios deben contar sobre estas cuestiones. No hay misterio respecto de cómo el castigo daña los intereses de una persona. Una defensa completa del argumento en favor de la democracia ofrecida aquí depende del argumento de que la afirmación pública del status social de cada uno en el contexto de la decisión de las reglas básicas de la vida social es una contribución a los intereses de cada uno” (GRIFFIN, 2003, p. 119).

<sup>19</sup> GRIFFIN, 2003, p. 120.

<sup>20</sup> MARTÍ, 2006a, p. 248.

<sup>21</sup> WALDRON, 1999a, p. 238.

<sup>22</sup> BRIGHOUSE, 1996, p. 139.

<sup>23</sup> CHRISTIANO, 2008, p. 93.

<sup>24</sup> BAYÓN, 2009, p. 223.

<sup>25</sup> “Es cierto que el interés en la afirmación pública del igual status social básico es un interés entre otros. No obstante, cuando apreciamos totalmente la medida en la que la realización de una sociedad más justa es el resultado de una empresa práctica perseguida en una crecientemente compleja y disputada arena política, la justicia del procedimiento democrático es reconocida por su importancia fundamental” (GRIFFIN, 2003, p. 121). Véase también MARTÍ, 2006a, p. 264.



*oportunidades, y que limite la exclusión de voces a lo estrictamente necesario.* Para ponerlo en términos jurídicos, lo que hace el principio de autogobierno democrático es generar una especie de presunción *iuris tantum*: los procedimientos de toma de decisiones públicas deben ser participativos, a menos que se pruebe que ello no es posible, o que por algún motivo sea nocivo. Como, de acuerdo a lo que vimos, en el caso del campamento no aparece ninguna de las razones que en general vuelven indispensable la representación política (son pocas personas, con tiempo, y con mucho interés en la decisión), la igualdad moral parece exigir la adopción de un mecanismo participativo, en el que todos los acampantes puedan hacer oír su voz, y puedan tener un rol significativo en la decisión final.

## **2. RESPUESTAS A LAS Y LOS REPRESENTATIVISTAS**

En el punto anterior intenté presentar las razones por las cuales creo que la representación no tiene ventajas intrínsecas, sino que simplemente sirve para superar una serie de obstáculos prácticos. En este apartado, intentaré responder a los argumentos presentados por distintas autoras y autores para caracterizar a la representación como algo valioso en sí mismo. Para ello, los dividiré en dos grupos: primero, (2.1) los argumentos presentados por los defensores clásicos de la representación; y luego, (2.2) las razones de una corriente neorepresentativista que ha tomado vigor en la teoría política de los últimos veinte años.

### **2.1. La defensa clásica de la representación**

La línea tradicional en defensa de la representación entiende que es mejor separar al pueblo de los procesos de toma de decisiones por dos tipos de razones: (2.1.1) razones elitistas; y (2.1.2) argumentos de división del trabajo<sup>26</sup>.

#### 2.1.1. Razones “elitistas”

De acuerdo con este primer grupo de argumentos, ciertas personas están en mejores condiciones que el pueblo para decidir porque (a) tienen mayor capacidad epistémica<sup>27</sup>; o (b) al no ser ellas mismas objeto de la decisión, pueden desapegarse de las emociones y actuar de un modo más racional<sup>28</sup>. En nuestro caso, esto implicaría que los acampantes

---

<sup>26</sup> Véase MARTÍ, 2006a, pp. 252–273.

<sup>27</sup> BRENNAN & HAMLIN, 2000, p. 179; MADISON, 1787a; SCHUMPETER, 1942; véase al respecto FEREJOHN & ROSENBLUTH, 2010, p. 289; MANIN, 1997, p. 2.

<sup>28</sup> KANT, 1795; MADISON, 1787b; véase FEREJOHN & ROSENBLUTH, 2010, p. 287.

deberían (a) delegar la decisión en aquellos viajeros que tengan más experiencia en campamentos, por ejemplo, o que sean considerados más inteligentes por los demás, o (b) delegar la decisión en otros acampantes, como terceros imparciales.

José Luis Martí presenta tres respuestas a estos argumentos. Primero, retomando a Jeremy Waldron, y siguiendo la línea en la que argumenté en el apartado anterior, Martí sostiene que los procedimientos de toma de decisiones que excluyen a ciertos ciudadanos son insultantes a la dignidad de estas personas excluidas, y por lo tanto inaceptables<sup>29</sup>. El hecho de que una persona sea considerada más inteligente, o que tenga más experiencia en estos procesos no hace que sus opiniones o intereses sean más valiosos que los de otros cuando la decisión a tomar no es técnica, sino normativa, es decir, política. En el campamento, una persona puede ser experta en fotografía, y apreciar mejor que otros viajeros la belleza de acampar junto al lago, pero eso no le dará mayor relevancia a su opinión que a la de aquellos que temen pasar frío. Segundo, Martí afirma que “por más proporcional que sea la representación, ningún órgano representativo puede ser un fiel reflejo de la pluralidad y riqueza de la sociedad”<sup>30</sup>. En este caso, es posible que el representante del grupo que quiere acampar lejos del lago no pueda, por ejemplo, transmitir adecuadamente el mensaje de uno de sus compañeros que en realidad no quiere evitar pasar frío, sino que le tiene miedo al agua. O que no pueda expresar con su lenguaje occidental los intereses de uno de sus compañeros de origen indígena<sup>31</sup>. Por último, Martí comenta que “parece ciertamente inconsistente desconfiar en los ciudadanos para tomar decisiones políticas correctas, pero confiar en ellos para nombrar a los que sí van a tomar tales decisiones correctas”<sup>32</sup>. En otras palabras, ¿por qué habríamos de confiar en los propios acampantes para determinar quiénes son los más inteligentes, o los que tienen más experiencia, y no confiar en ellos directamente para que tomen la decisión?

### 2.1.2. Los argumentos de la división del trabajo

El segundo argumento es el que sostiene que un modelo en el cual los ciudadanos deban tomar las decisiones públicas es invasivo respecto de su autonomía individual<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> MARTÍ, 2006a, p. 264; WALDRON, 1999a.

<sup>30</sup> MARTÍ, 2006a, p. 265; véase, de nuevo, GARGARELLA, 1998a, p. 262.

<sup>31</sup> Véase KYMLICKA, 1995, p. 139.

<sup>32</sup> MARTÍ, 2006a, p. 255.

<sup>33</sup> CONSTANT, 1819; KATEB, 1981; SIEYÈS, 1789; véase MANIN, 1997, p. 3.

Como sugerí en el punto anterior, este clásico argumento de Emmanuel de Sieyès y Benjamin Constant, según el cual los ciudadanos de las democracias modernas no tienen tiempo para ocuparse de los asuntos públicos, es más un obstáculo práctico que un problema teórico respecto de la democracia participativa<sup>34</sup>. Como traté de probar con el caso hipotético del campamento, el grado de afectación de la autonomía dependerá en realidad de la importancia que le asignen los individuos a la decisión en juego: si se trata de algo central para su plan de vida, la participación no podrá ser vista como una carga, sino más bien todo lo contrario, como una protección a ese plan; si, por el contrario, se trata de una cuestión marginal, entonces sí la participación directa será un estándar demasiado demandante<sup>35</sup>. Entonces, la representación podrá ser considerada valiosa en aquellos casos en que la decisión no sea tan importante, pero jamás en aquellos que sean centrales para los individuos.

Ahora bien, podría darse la situación en la cual algunos individuos tengan una intensidad mayor de preferencias políticas que otros, y que entonces dediquen más tiempo y esfuerzo al proceso político, debilitando -en términos relativos- la influencia de aquellos que prefieren dedicar su tiempo a actividades no relacionadas con la toma de decisiones colectivas<sup>36</sup>. En estos casos, la existencia de un mecanismo participativo parecería, en principio, acentuar la desigualdad de influencia de los individuos, mientras que un procedimiento representativo parecería garantizar que los intereses de aquellos que no quieren dedicarse a la política tengan igual consideración que los de aquellos que sí decidieran participar activamente<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Véase MARTÍ, 2006a, p. 270.

<sup>35</sup> Como señala José Luis Martí, “el problema no está en saber si los procedimientos democráticos deliberativos son más costosos que los de voto o negociación, sino en si esos costes putativos son asumibles o no. El procedimiento general menos costoso en términos temporales, personales y económicos es sin duda el de una dictadura, donde una sola persona toma rápidamente decisiones, especialmente si lo hace, por ejemplo, lanzando una moneda al aire, evitando así (el coste de) tener que evaluar la información y sopesar las ventajas y desventajas de cada alternativa. Pero es evidente que lo único que nos importa no es el coste del procedimiento” (MARTÍ, 2006a, p. 271).

<sup>36</sup> Agradezco a Marcelo Alegre por señalarme esta objeción (y por defenderla tenazmente, ¡sin éxito, espero!).

<sup>37</sup> Peter Jones nota que “la capacidad de un gobierno electo de responder a la intensidad de preferencias se ha convertido en una razón clásica para sostener que hay al menos una cuestión en la cual la democracia representativa es superior a, más que meramente un sustituto pobre de, la democracia directa” (JONES, 1988, p. 11).

A mi entender, no obstante, existen varios argumentos que reducen significativamente la potencia de esta objeción. Primero, como explica Thomas Christiano, las comunidades políticas se suelen constituir en torno a un “mundo común”, es decir, un conjunto de circunstancias en el marco del cual “la satisfacción de todos o casi todos los intereses fundamentales de cada persona están conectados con la satisfacción de todos o casi todos los intereses fundamentales de cada otra persona”<sup>38</sup>. Considerando esta interdependencia, inevitable, dentro de cada comunidad, Christiano afirma que “los miembros de ese mundo tienen, en general, intereses [*stakes*] iguales en cómo esta se estructura”<sup>39</sup>. Trayéndolo a nuestro ejemplo, la conclusión de este razonamiento sería que todos los acampantes tendrán razones, en uno u otro momento, de participar en la toma de decisiones. A algunos les preocupará más la decisión respecto de las carpas, pero a otros les importará más decidir cuál va a ser la cena, o qué excursiones se harán al día siguiente. Lo que los une como comunidad es que todos tienen intereses en ciertas cuestiones colectivas, y por lo tanto participarán en alguna de las discusiones en torno a ellas, y se preocuparán por qué decisión se toma al respecto. Son tantas las actividades a realizar que, estadísticamente, diría Christiano, es muy probable que todos terminen teniendo interés en participar activamente en algunas decisiones y no en otras, dando como saldo un balance participativo relativamente equilibrado.

En segundo lugar, habría que considerar en qué medida sería justo que aquellos que no tienen interés en participar en el proceso político -teniendo la oportunidad de hacerlo- puedan reclamar por la exclusión de sus intereses en la toma de decisiones<sup>40</sup>. Volviendo a nuestro ejemplo, supongamos que un grupo de acampantes muy sensibles al frío prefiere jugar al fútbol en lugar de participar en la discusión respecto de la ubicación de las carpas, sabiendo la importancia que esta decisión tiene para ellos. Es cierto que en un procedimiento representativo sus voces estarían presentes en el debate, de un modo en que no lo están en un mecanismo participativo. Pero ello se puede atribuir a sus propias decisiones y no a las falencias del modelo. Distinto sería el caso si en lugar de quedarse jugando al fútbol se quedaran en sus bolsas de dormir, enfermos, con fiebre. En ese caso,

---

<sup>38</sup> CHRISTIANO, 2008, p. 80

<sup>39</sup> CHRISTIANO, 2008, p. 80

<sup>40</sup> Para una fuerte defensa de esta idea, véase DWORKIN, 1987. Véase también, al respecto, NINO, 1996, p. 154.

por supuesto, el procedimiento debería encontrar una forma de escuchar las voces de aquellos que están incapacitados de llegar presencialmente a la discusión, sea acercando el debate a la carpa, o aceptando que un representante lleve el mensaje de quienes no pudieron acudir a la deliberación. Pero en la medida en que todas las personas tengan igual oportunidad de participar, es razonable que “aquel que esté dispuesto a dedicar más tiempo, energía y recursos personales a la participación política tenga derecho a cosechar los frutos de su esfuerzo teniendo mayor influencia en el resultado final”<sup>41</sup>.

En tercer término, es importante considerar que las motivaciones de los individuos para participar en los procesos políticos no son independientes de los diseños institucionales existentes<sup>42</sup>. Así, entre las instituciones y la virtud cívica puede existir o bien un círculo vicioso, o bien un círculo virtuoso: si los procedimientos presuponen un ciudadano activo y generan oportunidades de influencia real, es probable que aumente la predisposición a la actividad política; si, en cambio, se asume que los ciudadanos serán pasivos y se cierran estos espacios, es probable que los individuos no encuentren motivación para una vida política activa. En palabras de Félix Ovejero, “lo que importa es reconocer la existencia de diversas motivaciones y sugerir la posibilidad de configurar las instituciones de tal modo que rescaten -y alienten- las disposiciones cívicas y se muestren cautelosas frente a las menos públicas”<sup>43</sup>. En nuestro caso del campamento, si las reuniones son interminables, si no se intercambian argumentos sino que se presentan posiciones inmutables, o si los participantes se agreden constantemente, es lógico que muchos acampantes prefieran jugar al fútbol o hacer cualquier otra cosa antes que participar de esta práctica colectiva. Si, en cambio, las decisiones se toman en una asamblea bien organizada, en la cual se valoran las ideas nuevas, y en la cual los participantes se tratan mutuamente con respeto, es posible que algunos de los menos propensos a la vida política se vean atraídos a las reuniones. De hecho, cierta literatura reciente ha sugerido que los mecanismos democráticos deberían intentar hacer de los procesos de toma de decisiones algo no solo interesante e importante, sino también “divertido”. Para ello, por ejemplo, han sugerido aprender de disciplinas totalmente

---

<sup>41</sup> MARMOR, 2005, p. 332.

<sup>42</sup> Para esta idea, véase GARGARELLA, 1999, pp. 186–187; MARTÍ, 2006a, pp. 298–300; OVEJERO LUCAS, 2002, pp. 178–191.

<sup>43</sup> OVEJERO LUCAS, 2002, p. 186.

foráneas, como la del diseño de videojuegos<sup>44</sup>. Esto podría, también, aminorar el problema de la apatía frente a la política.

Por último, un modelo participativo podría no solamente ofrecer a sus ciudadanos el derecho a tomar parte en los asuntos públicos, sino además exigir de ellos un mínimo de participación, que garantice cierta igualdad básica última de impacto<sup>45</sup>. Aunque tal modelo podría correr el riesgo de ser considerado perfeccionista, Carlos Nino explica que este puede no ser el caso, siempre que el mecanismo no sea excesivamente demandante, y no absorba todo el tiempo de los ciudadanos. Nino da tres razones para ello: primero, (i) que -como vimos- el gobierno democrático es un bien público, y como tal, es injusto que ciertos ciudadanos disfruten sus beneficios como *free riders*<sup>46</sup>, segundo, (ii) que la pasividad podría generar daños a terceros, dado que “participar en la discusión y decisión pública es esencial para proteger los intereses de otros que están igualmente situados”<sup>47</sup>; y tercero, (iii) que “la participación puede ser requerida como una forma legítima de paternalismo no-perfeccionista, dado que la participación voluntaria puede crear un dilema del prisionero en el cual cada uno se niega a asumir los costos de la participación, por las ventajas desdeñables de votar en un grupo grande”<sup>48</sup>. Llevando estas consideraciones a nuestro ejemplo, los acampantes podrían establecer la obligación de participar en al menos una reunión diaria, de duración limitada, en la cual se discutan las cuestiones más fundamentales respecto de la vida en el campamento. Si bien esto significaría una restricción respecto del plan de vida de quienes quieran jugar al fútbol todo el día, por ejemplo, este sería un sacrificio mínimo considerando que los futboleros obtendrían su seguridad, su alimento, y sus comodidades de la comunidad de acampantes en el marco de la cual viven.

---

<sup>44</sup> LERNER, 2014

<sup>45</sup> Dworkin distingue la noción de “impacto” (“la diferencia que una persona puede hacer, por sí misma, al votar o elegir una decisión en lugar de otra”) de la de “influencia” (“la diferencia que puede hacer no solo por sí mismo, sino liderando o induciendo a otros a creer o votar o elegir como él/ella”); véase DWORKIN, 1987, p. 9 En este caso, el mínimo de participación obligatoria no estaría orientado a lograr igual influencia en la toma de decisiones (dado que, de hecho, esto sería imposible de lograr por esta vía), sino a lograr un mínimo de igual impacto, similar al del principio de una persona, un voto.

<sup>46</sup> NINO, 1996, p. 154.

<sup>47</sup> NINO, 1996, p. 154.

<sup>48</sup> NINO, 1996, p. 155.

Antes de terminar este punto, quiero considerar otra derivación del argumento de Sieyès y Constant que ha tenido cierta presencia en la literatura: la que sugiere que la representación permite que aquellos a cargo de la toma de decisiones sean más proactivos y eficientes, de un modo análogo a lo que ocurre con los emprendedores en el ámbito económico<sup>49</sup>. Nuevamente, esto no parecería aplicarse a nuestro ejemplo hipotético, donde todos los acampantes tienen tiempo de deliberar y tomar las decisiones en conjunto. Pero en todo caso, la eficiencia es solamente un valor entre otros, y debería ser la propia comunidad la que determine que ese será el valor a priorizar. Es decir que, a menos que los propios acampantes decidan que la discusión de prioridades no es tan central para su proyecto y que decidan priorizar la eficiencia en el proceso, no parece haber razones para preferir una decisión eficiente a una imparcial. Como dice Martí, “que el pueblo tome sus propias decisiones es una cuestión de dignidad, y no puede ser derrotada por ninguna otra consideración”<sup>50</sup>, exceptuando la propia decisión del pueblo.

## **2.2. La defensa participativa de la representación**

En los últimos años, un grupo de autoras y autores, encabezado por Nadia Urbinati e Iris Marion Young, ha redefinido la idea de representación<sup>51</sup>. Según Young, el problema con las críticas habituales al sistema representativo radica en que éstas piensan la relación entre representantes y representados en términos de “identidad”<sup>52</sup>. En cambio, para autoras como Young o Urbinati, lo relevante de este tipo de sistema de toma de decisiones no es que los representantes compartan características con sus mandatarios, sino que se genere un *proceso* de relaciones efectivas entre representantes y representados, a través del cual, en última instancia, las y los ciudadanos puedan participar en la determinación de su futuro. Así, Urbinati afirma que la democracia representativa es “un tipo de gobierno que empieza con las elecciones pero que se desarrolla más allá de éstas”, y que “abre un espacio de participación que, aunque informal y no autoritativo, puede influenciar fuertemente la dirección política de un país”<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> BRENNAN & HAMLIN, 2000, p. 172.

<sup>50</sup> MARTÍ, 2006a, p. 264.

<sup>51</sup> BESSON, 2005; PLOTKE, 1997; URBINATI, 2000, 2006, 2011; YOUNG, 1997.

<sup>52</sup> YOUNG, 1997, pp. 352–353.

<sup>53</sup> URBINATI, 2011, p. 26.

A la luz de esta redefinición, participativa, de la representación, estas autoras han propuesto una re-evaluación de sus virtudes. En particular, podemos identificar dos argumentos centrales por los cuales las neorepresentativistas creen que la representación es inherentemente valiosa, relacionados con su capacidad de estimular la deliberación: (i) su carácter no concluyente, y (ii) la separación temporal entre la deliberación y la decisión.

### 2.2.1. La representación como un proceso no concluyente

El primer argumento de las neorepresentativistas sostiene que la representación permite justificar mejor los cambios de opinión de una comunidad política a lo largo del tiempo<sup>54</sup>. Urbinati explica que en la democracia representativa “tanto los ganadores como los perdedores saben que los votos en sí mismos nunca agotan sus pensamientos y acciones, y que siempre hay espacio para la esperanza”<sup>55</sup>. En una democracia directa, en cambio, dado que el voto se asocia a la “voluntad colectiva”, a la “verdad”, al “pueblo”, no tiene sentido re-evaluar las decisiones tomadas en tiempos pasados, dado que éstas serán inmanentemente correctas. Aplicando esta idea a nuestro ejemplo, supongamos que luego de un procedimiento participativo, los acampantes deciden dormir junto al lago la primera noche. ¿Por qué habrían de revisar esta decisión la segunda noche, si no quedan dudas de que lo decidido el primer día fue una verdadera expresión de la voluntad y los intereses de todos? Si el procedimiento hubiera sido representativo, en cambio, las imperfecciones propias del sistema impedirían asociar la decisión tomada con “la justicia”, y garantizarían la continuidad del proceso crítico, reflexivo, a lo largo del tiempo.

Ahora bien, esto no tiene por qué ser así. Aun en un proceso participativo, el hecho de que una decisión sea considerada legítima en un determinado momento histórico no impide que luego el proceso deliberativo reevalúe sus méritos y la modifique. De hecho, a mi entender, la participación directa es más efectiva que la representación a los fines de generar esta reflexión posterior. Volvamos al ejemplo. Supongamos que las acampantes pasan su primera noche junto al lago, y que algunas de ellas efectivamente pasan frío. ¿Quién tendrá mayor legitimidad para reclamar el cambio de ubicación el segundo día? ¿Las representantes derrotadas el día anterior, o las acampantes efectivamente afectadas?

---

<sup>54</sup> GARSTEN, 2010; URBINATI, 2006, pp. 31–32; YOUNG, 1997, p. 352.

<sup>55</sup> URBINATI, 2006, pp. 31–32.



A mi juicio, el sistema en el cual es más probable que se modifique la decisión adoptada es aquel en el cual todas estén obligadas a escuchar *directamente* las voces de las afectadas, contando cómo sufrieron a lo largo de la noche por los vientos que soplaban junto al lago.

Por otra parte, la crítica de las neorepresentativistas asume que el proceso deliberativo tiene por objeto la búsqueda de “la verdad”, es decir, una respuesta universal e inmanente. Pero en realidad, como explica Gargarella, el propósito de la deliberación democrática no es alcanzar “la verdad”, sino simplemente cierta “imparcialidad”, es decir, igual consideración por los intereses de cada uno de los ciudadanos<sup>56</sup>. A diferencia de lo que ocurre con “la verdad”, los requerimientos de la “imparcialidad” pueden mutar con el tiempo, y la democracia participativa tiene una responsabilidad de adaptarse a ellos, a través de nuevas deliberaciones.

#### 2.2.2. El argumento de la separación temporal

El segundo argumento de las neorepresentativistas sostiene que la separación temporal en el proceso representativo entre la deliberación y la decisión “otorga más tiempo para la reflexión y la deliberación entre los ciudadanos, entre los representantes, y entre los ciudadanos y los representantes”<sup>57</sup>. Nadia Urbinati explica que incluso en la democracia ateniense, la participación efectiva de los ciudadanos era limitada, dado que no todos podían hablar en la asamblea, y que no todos tenían el mismo poder de influencia. La diferencia, para ella, entre ese modelo y el representativo, no reside en el grado de participación –dado que en ambas los ciudadanos influyen sobre los que efectivamente hablan– sino en la diferencia temporal que existe entre el proceso de deliberación y el proceso de decisión: en uno es casi simultáneo, mientras que en el otro los dos momentos están separados. Esta separación, para Urbinati, permite una mejor deliberación<sup>58</sup>. Aplicando esta idea a nuestro ejemplo, los acampantes deberían votar por la mañana sus representantes, y dejar que éstos tomen una decisión respecto del lugar donde ubicar las carpas recién por la noche. En el ínterin, los acampantes deberían

---

<sup>56</sup> GARGARELLA, 1998a; y véase la distinción entre “el modelo clásico” y las versiones modernas de la democracia deliberativa en MANSBRIDGE ET AL., 2010, pp. 66–69.

<sup>57</sup> BESSON, 2005, p. 128; véase también URBINATI, 2011, p. 26; YOUNG, 1997, p. 353.

<sup>58</sup> URBINATI, 2000, pp. 765–768.

discutir, durante las comidas y los paseos, tratando de influenciar la decisión de sus representantes.

Ahora bien, una vez más, el modelo participativo puede permitir los mismos beneficios sin cargar con los costos. ¿Por qué no podrían las acampantes plantear el problema por la mañana y decidir en una asamblea por la noche? ¿Qué diferencia habría con el tipo de deliberación que permitiría la representación? Un mecanismo participativo no necesariamente implica que se tomen decisiones impulsivas, automáticas, informales, ni tampoco implica la ausencia total de reglas. Por el contrario, es posible pensar –al menos en un contexto ideal como el del ejemplo planteado– en un modelo participativo con instituciones y límites formales, cuyo propósito sea garantizar un procedimiento justo, meditado y deliberativo, que exprese más consideración y respeto por las opiniones e intereses de cada uno de los participantes de la que puede existir en un procedimiento representativo.

### **3. EL IDEAL EN EL MUNDO REAL: LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA**

Tomando como punto de partida el razonamiento de las secciones anteriores, alguien podría sugerir que las decisiones públicas deberían ser tomadas exclusivamente a través de mecanismos participativos, dado que estos se ajustan mejor al ideal de autogobierno democrático que los procedimientos representativos. El problema de esta afirmación, por supuesto, es que el mundo real es distinto a la situación ideal del campamento. Como explica Nino, “algún grado de representación es necesario en una comunidad política grande, dada la imposibilidad de la discusión cara a cara a nivel nacional, la complejidad de los asuntos políticos contemporáneos, y la necesidad de respetar la autonomía de las personas”<sup>59</sup>. En otras palabras: la representación puede ser un mal, pero sigue siendo - muy frecuentemente- necesaria<sup>60</sup>.

Lo que el desarrollo de las secciones anteriores sí sugiere, no obstante, es que un modelo puramente representativo, que no albergue ninguna oportunidad de participación directa de la ciudadanía, es insuficientemente democrático. Como el ideal es uno de

---

<sup>59</sup> NINO, 1996, p. 146. La referencia a la autonomía personal tiene que ver con que la democracia debe dejar “suficiente tiempo a los ciudadanos para que persigan sus propios intereses personales” (NINO, 1996, p. 146).

<sup>60</sup> Esta es la tensión que Jürgen Habermas identifica entre “modelos normativos de democracia y teorías sociológicas de la democracia”, o en otras palabras, “entre la autocomprensión normativa del Estado constitucional, como se explica en términos de teoría del discurso, y la facticidad social de los procesos políticos que siguen su curso a través de líneas más o menos constitucionales” (HABERMAS, 1996, p. 288).

participación, deberían ponerse los máximos esfuerzos en remover tanto como se pueda los obstáculos que justifican la representación, y en permitir la implicación de la ciudadanía en la toma de decisiones. Dado que la igualdad moral exige el respeto de las opiniones e intereses de todas y todos respecto de las cuestiones públicas, solamente debería ser admisible establecer restricciones a la participación ciudadana en aquellos casos en que existan obstáculos insalvables, y no a la inversa. Pero como en nuestras sociedades contemporáneas algunos de esos obstáculos son efectivamente insalvables, el resultado deberá ser siempre un esquema institucional que combine la representación política con la participación directa de la ciudadanía<sup>61</sup>.

El modelo institucional que mejor se adapta a esta necesidad simultánea de participación y representación es, a mi juicio, el de la *democracia deliberativa*<sup>62</sup>: aquel en el cual “la justificación del ejercicio del poder político colectivo procede en base a un razonamiento público libre entre iguales”<sup>63</sup>. En este modelo, la legitimidad de las decisiones públicas depende de la existencia de un procedimiento institucionalizado que conecte dos deliberaciones simultáneas: por un lado, las discusiones que tienen lugar entre las y los representantes previo a la toma de esas decisiones públicas y, por otro lado, la deliberación amplia e inclusiva que tiene lugar entre las y los ciudadanos en lo que Jürgen Habermas famosamente denominó la “esfera pública”<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Michael Zürn sostiene que “cuando se trata de la pregunta acerca de un buen orden institucional (un segundo nivel) las proposiciones empíricas juegan un rol aun mayor, dado que *deber* implica -al menos hasta un cierto punto- *poder*. Las prescripciones acerca del orden institucional entonces tienen que encontrar un balance entre utopía y realismo. Ante la ausencia de cualquier posibilidad de comunicación verbal, por ejemplo, tiene poco sentido institucionalizar el debate público en un país con cien millones de habitantes” (ZÜRN, 2016, p. 89).

<sup>62</sup> Para el modelo defendido a continuación, véase, principalmente, J. COHEN, 1989, p. 198, 1996; FRASER, 1990; GARGARELLA, 1998a; HABERMAS, 1996; MARTÍ, 2006a; NINO, 1996. Véase, además, más generalmente, BAYÓN, 2009; BESSON & MARTÍ, 2006; BOHMAN, 1996; BOHMAN & REHG, 1997; CHAMBERS, 2003; J. COHEN, 1998; ELSTER, 1998a; ESTLUND, 2011; FISHKIN, 1991, 2009; GARGARELLA, 1998b; GUTMANN & THOMPSON, 2004; KAHANE ET AL., 2010; NINO, 1989; OQUENDO, 2008; PARKINSON & MANSBRIDGE, 2012; M. E. WARREN, 1999; YOUNG, 2000a. Para una revisión de la literatura y una actualización colaborativa de postulados clásicos, véase BOHMAN, 1998; MANSBRIDGE ET AL., 2010.

<sup>63</sup> J. COHEN, 1996, p. 99. Según Cohen, entonces, “la democracia, en la mirada deliberativa, es un marco de condiciones sociales e institucionales que facilita la discusión libre entre ciudadanos iguales -proveyendo condiciones favorables para la participación, asociación y expresión- y ata la autorización para ejercer poder público (y el ejercicio mismo de este poder) a esta discusión – estableciendo un marco que asegure la respuesta y la rendición de cuentas del poder político hacia la discusión a través de elecciones regulares competitivas, condiciones de publicidad, supervisión legislativa, y demás” (J. COHEN, 1996, p. 99). La democracia deliberativa, por lo tanto, es “una asociación cuyos asuntos son gobernados por la deliberación pública de sus miembros” (J. COHEN, 1989, p. 18).

<sup>64</sup> Nancy Fraser llama a estos dos espacios deliberativos “públicos débiles” (*weak publics*) y “públicos fuertes” (*strong publics*), y los diferencia porque uno tiene a su cargo la toma de decisiones y el otro no:

La “esfera pública”, según Habermas, no es una institución ni una organización, sino un “fenómeno social” que puede ser descripto como una red de discursos, información y puntos de vista<sup>65</sup>. Esta red comienza a constituirse con pequeños encuentros episódicos entre las personas y “se expande y se vuelve más permanente, adoptando una forma abstracta en relación a un público más amplio de personas”<sup>66</sup>. Las y los ciudadanos tienen allí la oportunidad de participar en una deliberación que produce lo que Habermas llama “opinión pública”: un conjunto de opiniones desarrolladas a través de un proceso discursivo y avaladas por un cierto apoyo de los participantes<sup>67</sup>. Esa opinión pública es la que, a través de los procedimientos institucionalizados antes mencionados, puede y debe afectar la deliberación de los representantes al momento de tomar las decisiones públicas. La representación, entonces, y gracias a esa estructura institucional, “debería ser vista como una delegación para continuar la discusión que los ciudadanos han iniciado”<sup>68</sup> y debería ser porosa e interactiva con la deliberación que se lleva a cabo en la esfera pública.

---

“los públicos débiles son públicos cuya práctica deliberativa consiste exclusivamente en la formación de opiniones, y no incluye la toma de decisiones. Más aún, la concepción burguesa parece implicar que una expansión de la autoridad discursiva de esos públicos para incluir la toma de decisiones amenazaría la autonomía de la opinión pública – dado que el público se convertiría efectivamente en el Estado, y la posibilidad de un chequeo crítico discursivo respecto del Estado se perdería. (...) Los parlamentos soberanos son lo que llamaré públicos fuertes, públicos cuyo discurso incluye tanto la formación de opiniones como la toma de decisiones. Como un espacio de deliberación pública que culmina en decisiones jurídicamente vinculantes (o leyes), el parlamento era el espacio para la autorización discursiva del uso del poder estatal” (FRASER, 1990, p. 75).

<sup>65</sup> HABERMAS, 1996, p. 360, y véase, también, FORST, 2001, p. 369. Las ideas de Habermas sobre la “esfera pública” se fueron desarrollando a partir de las discusiones que suscitó el libro *The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society* (HABERMAS, 1991), “una obra que nació controvertida, y que probablemente siga generando controversias” (CALHOUN, 1992b, p. 4). Para una detallada revisión y discusión, véase CALHOUN, 1992a. Para una reseña de las discusiones, casi veinte años después, véase FRASER, 2010, pp. 76–99.

<sup>66</sup> HABERMAS, 1996, p. 361. “La esfera pública”, explica Manuel Castells, “es un componente esencial de la organización sociopolítica porque es el espacio en el que las personas se unen como ciudadanos, y articulan sus miradas autónomas para influenciar las instuciones de la sociedad” (CASTELLS, 2008, p. 78).

<sup>67</sup> HABERMAS, 1996, p. 362. Es importante subrayar que, para Habermas, “[l]a opinión pública no es representativa en el sentido estadístico. No es un agregado de opiniones de personas aisladas, expresadas en privado y recogidas individualmente. Por lo tanto, no debe ser confundida con el resultado de encuestas. Las encuestas de opinión pública solo proveen un cierto reflejo de la ‘opinión pública’ si fueron precedidas por un debate público enfocado y por una correspondiente formación de opiniones en una esfera pública movilizada” (HABERMAS, 1996, p. 362). Entonces, quedan claras las dos esferas de deliberación: una *representativa* (no participativa), y una *participativa* (no representativa).

<sup>68</sup> NINO, 1996, pp. 146–147.

Un actor central del proceso deliberativo que se desarrolla en la esfera pública, según Habermas, es la “*sociedad civil*”<sup>69</sup>. La noción de “sociedad civil” es la que permite conectar los dos roles que las y los ciudadanos ocupan en la sociedad: como autores del derecho, y como sujetos al derecho<sup>70</sup>. Las experiencias sociales que la ciudadanía atraviesa a partir de este rol dual se canalizan en “esferas privadas” de discusión (desde las “profundas redes de interacción encontradas en las familias y círculos de amigos hasta los contactos menos estrechos con vecinos, colegas, conocidos, etcétera”<sup>71</sup>), que luego permean en la esfera pública. La “sociedad civil”, entonces, según Habermas:

“está compuesta por aquellas asociaciones, organizaciones y movimientos más o menos espontáneamente emergentes que, en sintonía con cómo los problemas sociales resuenan en las esferas de la vida privada, destilan y transmiten esas reacciones en forma amplificada a la esfera pública. El corazón de la sociedad civil comprende una red de asociaciones que institucionaliza discursos de resolución de problemas sobre cuestiones de interés general dentro del marco de las esferas públicas organizadas. Estos ‘diseños discursivos’ tienen una forma igualitaria, abierta de organización que refleja características esenciales del tipo de comunicación alrededor del cual se cristalizan, y al cual tratan de aportar continuidad y permanencia”<sup>72</sup>.

La sociedad civil, entonces, al tener sus estructuras de comunicación conectadas con las esferas privadas de discusión, “tiene, en contraste con el centro político, la ventaja de tener una mayor sensibilidad para detectar e identificar nuevas situaciones problemáticas”<sup>73</sup>. Los asuntos identificados en la periferia de la sociedad civil luego obtienen un lugar en la agenda pública, no gracias al poder de los actores que los plantean, sino a partir de dos elementos. Por un lado, su potencia depende de (i) la existencia de instituciones formales que permitan y auspicien la deliberación pública, y que establezcan

---

<sup>69</sup> Discutí en profundidad la noción de sociedad civil en el capítulo 1, por lo que no volveré sobre este punto. Al respecto, véase, principalmente, J. L. COHEN & ARATO, 1994, pp. 345–420; HABERMAS, 1996, pp. 365–387, y además, HAYSOM, 2014; HENDRIKS, 2006; REGILME, 2016; SCHOLTE, 2002.

<sup>70</sup> Como vimos, las y los ciudadanos participan en las pugnas discursivas por la determinación de la opinión pública que a su vez influye en las decisiones que toman los representantes. Pero también son ellas y ellos quienes están “sujetos a” y “afectados por” las decisiones públicas: están expuestos a las relaciones de poder que subyacen a ellas y es su autonomía la que se ve limitada por estas. Sobre las y los ciudadanos y su doble rol, véase HABERMAS, 1996, p. 120. Sobre el doble rol de los ciudadanos, “como abanderados de la esfera pública política, y como miembros de la sociedad”, véase HABERMAS, 1996, pp. 365–366.

<sup>71</sup> HABERMAS, 1996, pp. 365–366.

<sup>72</sup> HABERMAS, 1996, p. 367.

<sup>73</sup> HABERMAS, 1996, p. 381.

canales entre esta y la deliberación de los representantes<sup>74</sup>. Y, por otro lado, su capacidad de influenciar las decisiones públicas se apoya en lo que Habermas famosamente llamó (ii) “la coacción sin coacciones del mejor argumento”<sup>75</sup>, es decir, la capacidad de quienes participan en el debate de convencer a los demás:

“[L]a influencia política que los actores obtengan a partir de la comunicación pública debe depender *en última instancia* de la resonancia y, en efecto, de la aprobación de un público lego cuya composición es igualitaria. El público de ciudadanos debe ser *convencido* por contribuciones comprensibles y en general interesantes a los asuntos que considera relevantes. La audiencia pública posee autoridad final, porque es *constitutiva* para la estructura interna y la reproducción de la esfera pública, el *único* lugar en que los actores pueden aparecer. No puede haber esfera pública sin un público”<sup>76</sup>.

El punto clave, además, en la argumentación de Habermas, es uno que proviene no tanto de la filosofía política como de la sociología: es la tesis predictiva de que “bajo ciertas circunstancias, la sociedad civil puede adquirir influencia en la esfera pública, puede tener un efecto en el complejo parlamentario (y de tribunales) a través de sus propias opiniones públicas, y puede compeler al sistema político a modificar la circulación oficial de poder”<sup>77</sup>. En otras palabras, Habermas predice que si existen ciertas estructuras institucionales -como las que la teoría de la democracia deliberativa dice que *deben* existir- entonces *es probable* que la sociedad civil tenga la capacidad de generar los incentivos suficientes para que las y los representantes modifiquen sus posiciones previas, y tomen las decisiones públicas en línea con los mejores argumentos disponibles en la esfera pública<sup>78</sup>.

En suma, el esquema resultante es uno que reconoce la necesidad de la representación política, pero que conecta y subordina su autoridad a “la participación política [que] se

---

<sup>74</sup> HABERMAS, 1996, p. 371.

<sup>75</sup> HABERMAS, 1996, p. 306.

<sup>76</sup> HABERMAS, 1996, p. 364.

<sup>77</sup> HABERMAS, 1996, pp. 365–366.

<sup>78</sup> Habermas, por supuesto, reconoce -como explica Carolyn Hendriks- que “cuando los débiles y marginalizados no logran juntar suficiente potencial discursivo, la deliberación masiva que él propone puede fácilmente colapsar en el tipo de política adversarial de grupos de interés que los demócratas deliberativos tan fuertemente rechazan” (HENDRIKS, 2006, p. 494). Es por este motivo que las estructuras institucionales son tan importantes. Además, Habermas subraya la importancia de ciertos grupos (movimientos sociales) que tienen la capacidad de balancear la discusión y llevar a la esfera pública las voces de estos sectores marginalizados (véase, sobre esto, nuevamente HENDRIKS, 2006, p. 494 y ss.).

lleva a cabo a través del habla”<sup>79</sup>. Aunque suene algo utópica cuando se la presenta siguiendo a Habermas, la idea no es tan distante de lo que manda el artículo 25(a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como vimos hace algunos capítulos. Según esta cláusula, las y los ciudadanos tienen un derecho humano a “[p]articipar en la dirección de los asuntos públicos”, ya sea “directamente o por medio de representantes libremente elegidos”<sup>80</sup>. Como consecuencia de ello, como ha explicado el Comité de Derechos Humanos, los Estados deben garantizar no solamente que todos puedan “votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”<sup>81</sup>, sino también que los ciudadanos “particip[en] en la conducción de los asuntos públicos, ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo público con sus representantes, o a través de su capacidad para organizarse”<sup>82</sup>. En suma: (1) *representación* a través de elecciones libres, más (2) *participación* a través de mecanismos deliberativos capaces de influir en las decisiones de las y los representantes.

La implementación práctica de esta democracia deliberativa, es decir, la estructuración de los mecanismos institucionales que permitan la conexión entre la deliberación de la esfera pública y el accionar de los representantes, es sin dudas un desafío complejo. Una advertencia importante es que el diseño de estos mecanismos debe ser llevado a cabo de forma cuidadosa, de modo de evitar la -lamentablemente frecuente<sup>83</sup>- manipulación de las opiniones públicas a través de estructuras institucionales que parecen inclusivas a primera vista, pero que en realidad pueden ser engañosas y exclusivas. El ejemplo clásico de esto son los plebiscitos o referéndums. El problema de este tipo de mecanismos es que generalmente no están acompañados por el factor crucial de la participación política, que es la igual consideración y respeto por los intereses y opiniones de los ciudadanos, expresada en el debate público que precede a la toma de decisiones. Como dice Nino, “mientras que la democracia directa incluye una expresión directa de las opiniones de los votantes respecto de ciertas cuestiones, o del desempeño

---

<sup>79</sup> FRASER, 1990, p. 57

<sup>80</sup> PIDCyP, artículo 25(a).

<sup>81</sup> PIDCyP, artículo 25(b).

<sup>82</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 25: (Art. 25)*, (7 de diciembre de 1996), U.N. Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, párrafo 8.

<sup>83</sup> Martí afirma que los referéndums han sido “poco y mal utilizados” (MARTÍ, 2006a, p. 309).

de los funcionarios, no refleja una discusión genuina. Los participantes simplemente contestan sí o no”<sup>84</sup>. Entonces, más que invitados a participar, los ciudadanos son puestos en una trampa en la cual deben optar por dos opciones predeterminadas por unos pocos. El efecto final es el de excluir los argumentos que pretenden ir más allá de una dicotomía decidida -generalmente- a puertas cerradas y de espaldas a las mayorías.

La conclusión en cuanto a las formas concretas de implementar la democracia deliberativa es, como sugiere Nino, que “debemos continuar explorando nuevas formas de participación popular”<sup>85</sup>, con el objeto de expandir la expresión genuina de los intereses y las opiniones de la ciudadanía, y de generar incentivos para conectar esta expresión con las decisiones de las y los representantes. En su libro, por ejemplo, José Luis Martí sugiere una batería de mecanismos participativos disponibles, que van desde la obligación de motivar las decisiones políticas hasta la expansión de los mecanismos de iniciativa popular, pasando por la creación de foros deliberativos y la regulación del acceso a los medios de comunicación<sup>86</sup>. Existen, además, en el mundo, experiencias medianamente exitosas, pero poco expandidas y poco difundidas, como la de la Comisión Nacional de Debate Público francesa<sup>87</sup>, las asambleas constituyentes de Islandia e Irlanda<sup>88</sup>, o la asamblea ciudadana de British Columbia, en Canadá<sup>89</sup>. Lo importante aquí, en todo caso, es subrayar que, las instituciones deben permitir la conexión entre las decisiones públicas que toman los representantes y la opinión pública que se forma como resultado de la deliberación impulsada por la sociedad civil. Cualquier mecanismo participativo que cumpla estos fines, y que otorgue igual consideración y respeto a las opiniones e intereses de los ciudadanos, puede ser una opción válida para cumplir esta exigencia.

## **II. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL COMO EXIGENCIA DEL IDEAL DE AUTOGOBIERNO DEMOCRÁTICO**

---

<sup>84</sup> NINO, 1996, p. 150.

<sup>85</sup> NINO, 1996, p. 153.

<sup>86</sup> MARTÍ, 2006a, pp. 297–312.

<sup>87</sup> MAISLEY, 2015b. Véase al respecto BLONDIAUX & SINTOMER, 2004; FOURNIAU, 2001.

<sup>88</sup> Véase, sobre estas experiencias, ELSTER, 2016; LANDEMOR, 2015; LINARES, 2016; ODDSDOTTIR, 2014.

<sup>89</sup> Véase, sobre esta experiencia, M. WARREN & PEARSE, 2008.



Las conclusiones de la sección anterior son muy importantes para el análisis que tiene que hacer nuestra intérprete, por dos razones. La primera (1) es que le otorgan herramientas conceptuales para abordar los argumentos de quienes defienden el “modelo estatista” de democracia global y niegan que la participación de la sociedad civil haga más legítimo al derecho internacional. Como adelanté en la introducción, estos autores y autoras no niegan que sea necesario avanzar hacia procedimientos más democráticos en la esfera global<sup>90</sup>, pero sostienen que solamente la representación estatal puede asegurar la participación igualitaria de los individuos en los procesos de toma de decisiones que ocurren en este ámbito. Equipada con los argumentos de la sección anterior, nuestra intérprete podrá responder mejor a este desafío. La segunda razón, en tanto, (2) es que los fundamentos teóricos antes desarrollados le permitirán delinear un modelo de democracia global que aspire al ideal de autogobierno y permita la participación directa de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones, pero que sea consciente de los obstáculos existentes en el mundo real, y asegure la existencia de mecanismos representativos adecuados para sortearlos. No sorprendentemente, el modelo tendrá muchos aspectos en común con la teoría de la democracia deliberativa.

Las próximas dos secciones están destinadas a estas dos tareas. En la primera, (1) describiré los argumentos del “modelo estatista” e intentaré responderlos y (2) en la segunda, intentaré delinear un modelo alternativo, más compatible con la versión del principio de autogobierno democrático que defendí en la sección anterior.

## **1. CON LA REPRESENTACIÓN NO ALCANZA: LOS PROBLEMAS DE LAS SOLUCIONES REPRESENTATIVAS AL DÉFICIT DEMOCRÁTICO DEL DERECHO INTERNACIONAL**

### **1.1. El modelo “estatista” o “intergubernamental”**

Las y los autores que defienden el *modelo “estatista” o “intergubernamental”*<sup>91</sup> de democracia global argumentan que la mejor forma de implementar el principio de

---

<sup>90</sup> Esta es una diferencia significativa entre estos autores y aquellos con los que nuestra intérprete debió discutir en el capítulo anterior. Aquellos se negaban a tomar al individuo como sujeto relevante para medir la legitimidad del derecho internacional -negando así cualquier posible aplicación del principio de autogobierno democrático- (véase, por ejemplo, RAWLS, 1999; THIRLWAY, 2014, p. 11), o negaban que las decisiones propias de los procesos de creación del derecho internacional fuesen “públicas”, y que por lo tanto quedaran sujetas a exigencias de legitimidad democrática (véase, por ejemplo, D. MILLER, 2009; NAGEL, 2005). Las y los defensores del “modelo estatista” aceptan al individuo como punto de partida, y creen que las exigencias de legitimidad democrática son aplicables, pero creen que la mejor forma de cumplir con estas es a través de la representación estatal.

<sup>91</sup> Samantha Besson y José Luis Martí lo llaman “estatista” (BESSON & MARTÍ, 2018, pp. 8–17), Jonathan Kuyper y Michael Zürn lo llaman “intergubernamental” (KUYPER, 2016; ZÜRN, 2016, pp. 91–92), Daniele Archibugi, Mathias Koenig-Archibugi y Raffaele Marchetti lo llaman “confederalismo” (ARCHIBUGI,

autogobierno democrático en la esfera global consiste en asegurar mecanismos de representación adecuada de los intereses de los individuos a través de sus respectivos Estados<sup>92</sup>. Esto puede requerir ciertas reformas al sistema interestatal de creación de derecho internacional actualmente existente, que mejoren la capacidad de los Estados de representar a sus ciudadanas y ciudadanos. Lo que no requeriría, no obstante, es la creación de espacios de participación directa de la sociedad civil en la toma de decisiones internacionales, dado que los intereses, opiniones y voluntades de esa sociedad civil estarían representados por los distintos Estados (dentro de los cuales sí estaría garantizada la participación)<sup>93</sup>. Will Kymlicka explica de forma muy clara la intuición central detrás de la posición de estos autores:

“Me parece que no hay una razón necesaria por la cual las instituciones internacionales deban ser directamente responsables ante (o accesibles para) los ciudadanos individuales. Es cierto que, si las instituciones internacionales son cada vez más poderosas, entonces deben ser responsabilizadas por sus actos. Pero ¿por qué no podemos controlarlas *indirectamente*, debatiendo en el nivel nacional cómo queremos que nuestros gobiernos actúen en contextos intergubernamentales?”<sup>94</sup>

Las reflexiones de la sección anterior le dan a nuestra intérprete argumentos de principio para responder esta pregunta que plantea Kymlicka. A grandes rasgos, lo que hacen estos argumentos es invertir la carga de la prueba. Si la representación es vista

---

KOENIG-ARCHIBUGI, & MARCHETTI, 2012b, pp. 7–8). Thomas Christiano y Philip Pettit, dos defensores de este modelo, se refieren a su propuesta como “asociación voluntaria de Estados” (CHRISTIANO, 2010; PETTIT, 2010b).

<sup>92</sup> Véase, entre otros, CHRISTIANO, 2010, 2011b; DAHL, 1999; KYMLICKA, 2001; MAUS, 2006; MORAVCSIK, 2004; PETTIT, 2010b.

<sup>93</sup> Esto no quiere decir, no obstante, que la participación de la sociedad civil no sea aceptable, o incluso valiosa por razones, por ejemplo, instrumentales. Simplemente quiere decir que, según estos autores, no es *requerida* por el principio de autogobierno democrático.

<sup>94</sup> KYMLICKA, 2001, p. 323. Philip Pettit expresa la misma idea en términos muy similares: “si los Estados son legítimos en el sentido explicado [es decir, en términos republicanos], entonces es difícil ver por qué los individuos querrían que el orden internacional esté controlado por ellos en su capacidad individual, más que a través de los Estados que forman” (PETTIT, 2010b, p. 152). Y este es Thomas Christiano: “si los acuerdos entre Estados se realizan a través de un proceso de asociación justa entre Estados democráticos, entonces tienen la capacidad de satisfacer las restricciones básicas de la igualdad pública. Todas las personas son tratadas como iguales por el proceso que genera estos acuerdos. Como consecuencia, los Estados tienen razones para respetar tratados que están basados en la igualdad pública. Y dado que la razón está basada en el proceso por el cual se llegó al acuerdo, es una razón independiente del contenido. Más aún, los ciudadanos de esos Estados tienen razones independientes del contenido, basadas en el hecho de que los acuerdos fueron alcanzados a través de un proceso igualitario, de actuar de acuerdo con las cláusulas del tratado y sus implicancias institucionales. Y dado que el requisito de la igualdad pública es uno de peso, las razones generadas son de peso, generalmente pesando más que otras razones contrarias” (CHRISTIANO, 2010, pp. 128–129).

como un “mal necesario”, al que solo se debe apelar por la existencia de obstáculos insalvables a la participación directa de la sociedad civil, entonces no es nuestra intérprete quien debe explicar por qué se deben generar estos espacios: son las y los estadistas quienes deben probar que existen obstáculos inevitables que impiden la participación, y que por lo tanto la representación es la mejor solución frente a las limitaciones del mundo real<sup>95</sup>. Las experiencias relatadas en capítulos anteriores, no obstante, parecen sugerir que la participación directa es en muchos casos posible y, además, valiosa. Eso de por sí sería argumento suficiente para incorporarla, aun cuando los Estados fueran perfectos representantes de sus ciudadanas y ciudadanos. Pero, además, como ha sido señalado repetidamente por diversos autores, el modelo de representación estatal de los individuos tiene una serie de falencias -algunas de ellas de tipo estructural, y otras más bien coyunturales- que tornan aún más importante que existan espacios directamente participativos y que el modelo no se apoye exclusivamente en el rol que cumplen los Estados<sup>96</sup>.

En primer lugar, incluso si todos los Estados se volvieran democráticos -algo que parece bastante lejano-, la representación de los individuos en el proceso de creación de derecho internacional sería de todos modos ineficaz, dada la predominancia del poder ejecutivo de los gobiernos en las negociaciones en la esfera global (los ejecutivos, por ejemplo, negocian, firman y ratifican tratados internacionales, y su rol es particularmente importante en el desarrollo de la costumbre)<sup>97</sup>. Suponiendo que todos los jefes y jefas de Estado fueran elegidos por el 60% de los votos en sus países -algo ya implausible-, si los

---

<sup>95</sup> “Este modelo constituye solamente una forma indirecta de democracia global, una que deriva la legitimidad del derecho internacional de la legitimidad electoral de los representantes estatales que negocian y consienten esas normas. Por supuesto, el consentimiento democrático del Estado es un factor importante para la democracia global, siempre y cuando los Estados que consientan estén organizados democráticamente, que los representantes estatales rindan cuentas públicamente, y que las formas en las cuales esté organizada la toma de decisiones interestatal sean adecuadamente inclusivas e igualitarias. Pero, de todos modos, esto no es suficiente en sí mismo desde la perspectiva del individuo. El derecho internacional impacta directamente en las vidas de los individuos, y las personas privadas se han convertido en sujetos del derecho internacional, tanto pasivamente, como portadores de derechos y obligaciones internacionales, como activamente, como demandantes directos ante autoridades internacionales. Es tiempo, entonces, que se conviertan también en creadores del derecho internacional” (BESSON, 2009, pp. 63–64).

<sup>96</sup> Véase, por ejemplo, BESSON & MARTÍ, 2018, pp. 13–17; SCHOLTE, 2014, pp. 6–8.

<sup>97</sup> “En los sistemas actuales de toma de decisiones a nivel internacional, supranacional y transnacional, los individuos son representados indirectamente por sus Estados nacionales, y en la mayor parte de los casos por miembros del ejecutivo, que no siempre son electos, y que rinden cuentas de un modo muy indirecto al público general” (BESSON, 2009, p. 83).

Estados fueran la única voz válida en la esfera internacional, como propone el modelo estatista, entonces un impresionante 40% de las personas del mundo quedarían sin representación en los procesos de creación de derecho internacional<sup>98</sup>. La participación directa e institucionalizada de la sociedad civil tiene el potencial de compensar este desbalance, permitiendo que haya voces más diversas en la mesa en la cual se crea el derecho internacional.

En segundo lugar, es al menos cuestionable que los cuerpos diplomáticos de los Estados sean o puedan ser, como afirman los estatistas, verdaderos representantes de la pluralidad de voces de las y los ciudadanos de sus países<sup>99</sup>. Incluso en un modelo ideal, quienes efectivamente representen los intereses de los Estados en el plano internacional serán funcionarios diplomáticos no electos, que serán a su vez nombrados por un canciller no electo, que será nombrado por un presidente electo (pero en general no electo en función de sus propuestas de política exterior, sino de otros múltiples factores)<sup>100</sup>. El vínculo entre los electores y estos funcionarios diplomáticos es y será simplemente demasiado exiguo, casi inexistente<sup>101</sup>. Además, en la práctica, los diplomáticos desempeñan sus funciones de un modo inevitablemente opaco para la opinión pública

---

<sup>98</sup> Para este argumento sobre las minorías, véase, por ejemplo, BESSON & MARTÍ, 2018, p. 15; LINDBLOM, 2006, p. 12; PETERS, 2009a, p. 291.

<sup>99</sup> Anne Peters afirma que “la gobernanza de múltiples niveles complica y torna más oscuras las ‘cadenas de delegación’ (ciudadanos-parlamentos-ejecutivos-funcionarios internacionales), y hace más difícil identificar a los principales a los que cada institución debería responder. En términos normativos, la idea de la *accountability* transitiva a través de los Estados compartimentaliza indebidamente la *accountability* en cajas nacionales, desechando el *dédoublement fonctionnel* de los agentes de los Estados que actúan en las instituciones internacionales” (PETERS, 2009a, p. 294).

<sup>100</sup> Jan Aart Scholte afirma que “las acciones de los Estados modernos democráticos con respecto a los asuntos globales no han incluido normalmente mucha, o directamente no han incluido ninguna participación y control en estos procesos. La regulación de cuestiones como la proliferación de armas, el cambio climático, los flujos financieros o la Internet han figurado solo periféricamente -si es que han figurado- en elecciones nacionales. Solo Suiza sujeta a plebiscitos la membresía en organizaciones globales intergubernamentales. En la misma línea, los parlamentos nacionales han ejercido como mucho un escrutinio incidental y superficial respecto del involucramiento de su Estado en la gobernanza global. Además, los Estados son tradicionalmente representados en los procesos regulatorios globales por burócratas profesionales muy alejados de las vidas y preocupaciones diarias de la mayor parte de la población nacional” (SCHOLTE, 2014, p. 7).

<sup>101</sup> “La gobernanza internacional es remota para los ciudadanos, sus procedimientos son opacos, y está dominada por diplomáticos, burócratas y especialistas funcionales. Aunque los actos jurídicos fundacionales de la gobernanza internacional están muchas veces sujetos a procesos de ratificación nacionales, sus normas y estándares cotidianos son negociados por expertos no electos y funcionarios gubernamentales. Se juntan detrás de puertas cerradas, libres de la intromisión usual de representantes públicos y de grupos de interés en los procesos de toma de decisiones. Las organizaciones internacionales no aseguran información adecuada al ciudadano (promedio) interesado, y no existe suficiente debate público sobre las políticas elegidas” (NANZ & STEFFEK, 2004, p. 317).

nacional: discuten en lugares lejanos, generalmente en idiomas extranjeros, cuestiones técnicas que parecen incomprensibles a la mayor parte de los electores. Por estos motivos, los diplomáticos son algunos de los funcionarios públicos con mayor discrecionalidad y menor *accountability* respecto de la ciudadanía<sup>102</sup>, y su carácter de verdaderos “representantes” de los electores es cuestionable tanto en la realidad contemporánea como en un modelo ideal de representación estatal.

En tercer lugar, estos modelos de “democracia internacional indirecta” les crean a los Estados “un famoso dilema, entre defender los intereses de los ciudadanos de su propio Estado a expensas de otros Estados y sus ciudadanos, por un lado, y seguir las reglas de la democracia internacional a expensas de los intereses de sus propios ciudadanos, por el otro”<sup>103</sup>. El dilema es de corte kantiano: o bien se utiliza a los propios ciudadanos como medios para los fines globales, o bien se utiliza a los ciudadanos de otros países como medios para lograr los fines nacionales. Ambas opciones son, evidentemente, insatisfactorias<sup>104</sup>.

En cuarto lugar, como recuerda Steven Wheatley, para que este modelo funcione, “los Estados deberían tener el monopolio sobre la producción de normas jurídicas internacionales”, pero este no es el caso<sup>105</sup>. En muchos ámbitos del derecho internacional, la normativa es producida, por ejemplo, por organizaciones internacionales que gozan de cierta autonomía respecto de los Estados, y cuyos vínculos de legitimación con un electorado democrático son, por lo tanto, extremadamente difusos<sup>106</sup>. Revertir la

---

<sup>102</sup> Incluso los jueces son, cada tanto, sometidos al escrutinio de la opinión pública sobre sus decisiones.

<sup>103</sup> BESSON, 2009, p. 66. Véase también, al respecto, POGGE, 2014. El problema también parece ser similar a aquel con el que trata de lidiar Habermas en su respuesta a Rainer Schmalz-Bruns, quien elabora un argumento de Nagel (véase HABERMAS, 2008, pp. 447–451).

<sup>104</sup> MARTÍ, 2010, pp. 58–59.

<sup>105</sup> WHEATLEY, 2011, p. 529 (“Cualquier análisis de las posibilidades de democratizar la sociedad global deben primero aceptar las realidades del colapso parcial del sistema político westfaliano, y reconocer que el mundo del derecho ha dejado de estar sujeto por el análisis positivista, que no logra capturar la riqueza y la diversidad de la regulación jurídica, incluyendo la gobernanza por parte de organizaciones internacionales formalmente constituidas (Naciones Unidas, UE, etc.); redes informales de funcionarios nacionales (Comité de Basilea sobre Estándares Bancarios); acuerdos público-privados (...); reuniones informales (...); regímenes auto-regulados (...); instituciones privadas (...); mecanismos privados de gobernanza internacional (...); y la nueva *lex mercatoria* desarrollada por comunidades informales de abogados y árbitros y codificada en los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales de 1994”).

<sup>106</sup> Anne Peters explica que “las organizaciones internacionales han sido llamadas ‘islas de no-democracia’ y ‘sistemas de negociación burocrática’. Ellas tienen en común, pese a su variedad, una cuestión: no están organizadas del modo en que sí lo están los Estados democráticos. El balance institucional solo lateralmente consigue una separación funcional de poderes, y solo asegura escasamente los frenos y contrapesos. Desde

delegación que los Estados hicieron en estas organizaciones y recuperar el consentimiento estatal como punto de toque de la creación de derecho internacional es algo cada vez más dificultoso dadas las funciones regulatorias asumidas crecientemente por el derecho internacional<sup>107</sup>.

En quinto lugar, está lo que el propio Thomas Christiano -defensor central de este modelo- llama “el problema de la negociación asimétrica”<sup>108</sup>. En el modelo westfaliano, los Estados poderosos -que pueden serlo por razones políticas, económicas, militares, o demográficas- comienzan las negociaciones con cierto hándicap, puesto que tienen la posibilidad de levantarse de la mesa en cualquier momento sin que ello los deje en una posición extremadamente perjudicial. Esto lleva, a su vez, a resultados asimétricos, lo que profundiza las desigualdades entre los distintos Estados. Estas desigualdades no solamente son informales, sino que también han sido positivizadas en el derecho internacional, que les otorga ciertos privilegios, por ejemplo, a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, o a los mayores contribuyentes en las instituciones de Bretton Woods. Por estas cuestiones, Anne Peters afirma que el actual sistema de gobernanza global “se parece más a una oligarquía que a una democracia interestatal. Se trata en muchos aspectos del reinado de unos pocos, por oposición al reinado de la mayoría”<sup>109</sup>. La respuesta de Christiano parece insuficiente para rebatir la crítica: según él, este tipo de problemas puede ser morigerado con uniones entre países débiles, y con sentimientos nacionalistas que potencien las posiciones de los países menos poderosos<sup>110</sup>.

Por último, para que el orden interestatal sea verdaderamente democrático, sería necesario que éste se rigiera por una regla de la mayoría (de la voluntad de los Estados).

---

una perspectiva democrática, la principal característica de las organizaciones internacionales es su tinte ejecutivista (...). Otro problema democrático es la selección de los funcionarios en las organizaciones internacionales. El reemplazo de los funcionarios (secretario general, director ejecutivo, o cualquier otra posición de liderazgo, tal como alto comisionado) normalmente debería ser un mecanismo con *accountability*. Pero en las batallas actuales de los Estados miembros en las organizaciones internacionales por los cargos de liderazgo, éstas más o menos abiertamente dependen de la nacionalidad, y por lo tanto en la lealtad o incluso sesgo nacional de los candidatos” (PETERS, 2009a, p. 292). Véase, también, SCHOLTE, 2014, pp. 7–8.

<sup>107</sup> Véase al respecto, por ejemplo, WEILER, 2004.

<sup>108</sup> CHRISTIANO, 2010, p. 127. Véase también, al respecto, SCHOLTE, 2014, p. 7.

<sup>109</sup> PETERS, 2009a, p. 286.

<sup>110</sup> CHRISTIANO, 2010, p. 127.

Como explica Anne Peters, el modelo actual, en el cual cada Estado debe consentir una norma para que le sea aplicable, “es antidemocrático, porque permite la tiranía de un miembro de una comunidad política sobre los otros, y permite que una pequeña minoría bloquee una acción colectiva”<sup>111</sup>. Lo que está en juego en este punto no es un detalle menor del orden internacional actual, sino quizás su pilar más importante: la igualdad soberana de los Estados, que se niegan a someterse a normas que no aprueben ellos mismos.

## 1.2. La “democracia cosmopolita”

Ante estas deficiencias del modelo intergubernamental clásico y de sus variaciones, la escuela conocida como “*democracia cosmopolita*”, una de las primeras en estudiar estas temáticas, propuso la creación de instituciones representativas globales con una jerarquía superior a la de los Estados<sup>112</sup>. Daniele Archibugi sostenía en 1998 que “si algunas cuestiones globales deben ser decididas de acuerdo con criterios democráticos, debe existir entonces una representación política de los individuos en los asuntos globales, independiente y autónoma de su representación política en cuestiones nacionales”<sup>113</sup>. Para ello, lo que se requería, explicaba David Held, era el desarrollo de “nuevas instituciones políticas, que coexistirían con el sistema de los Estados pero que se impondrían sobre estos en aquellas esferas de actividad claramente definidas en las cuales haya consecuencias internacionales y transnacionales demostrables”<sup>114</sup>. Entre las diversas

---

<sup>111</sup> PETERS, 2009a, p. 289.

<sup>112</sup> Véase, por ejemplo, ARCHIBUGI, 1993, 1998, 2003, 2004, 2008, 2012; FALK & STRAUSS, 2000b; HELD, 1995b, 1997b, 1997a, 2004, 2009, 2010; HELD & KOENIG-ARCHIBUGI, 2003; HELD & MCGREW, 2003; TÄNNSJÖ, 2006. Para una revisión de la bibliografía, véase ARCHIBUGI & KOENIG-ARCHIBUGI, 2003. Por razones terminológicas –dado que él mismo usa el término “democracia cosmopolita”– alguien podría proponer que se incluya en este grupo a una de las primeras propuestas de democracia global, enunciada por Thomas Pogge en 1992 (POGGE, 1992). El problema con este modelo es que, por su carácter seminal, no tiene demasiados puntos de referencia respecto de los demás autores que nos permitan clasificarlo fácilmente. Además, el propio Pogge sugiere que su esquema “deja lugar para una amplia variedad” de procedimientos de toma de decisiones: directa o representativa, con o sin partidos políticos y demás (POGGE, 1992, p. 65).

<sup>113</sup> ARCHIBUGI, 1998, pp. 211–212. “La democracia cosmopolita es, por lo tanto, un proyecto que busca desarrollar la democracia dentro de las naciones, entre los Estados y a nivel global, asumiendo que, en los tres niveles, aunque altamente interdependientes, debería y podría ser buscada simultáneamente. Subraya que se necesitan procedimientos democráticos distintos para cada uno de los tres niveles. El proyecto propone integrar y limitar las funciones de los Estados existentes con instituciones nuevas basadas en la ciudadanía mundial. Estas instituciones deberían tener la capacidad de lidiar con asuntos de preocupación global, así como de interferir dentro de los Estados cuando existieran graves violaciones a los derechos humanos” (ARCHIBUGI, 1998, p. 216).

<sup>114</sup> HELD, 2010, p. 241.

propuestas institucionales de esta corriente, la más resonante fue la de crear una “Asamblea Popular Global”, un órgano parlamentario de la Organización de las Naciones Unidas, elegido directamente por la ciudadanía mundial, que “podría superar muchos de los obstáculos fundamentales que actualmente limitan el desarrollo de una gobernanza global humana y efectiva”<sup>115</sup>.

En su momento, las críticas a estas propuestas se enfocaron, primero, en los riesgos de hegemonía asociados a la constitución de algo tan parecido a un “Estado global”<sup>116</sup>, y segundo, en las severas dificultades de lograr concretar estos objetivos -abiertamente utópicos- en la realidad<sup>117</sup>. El modelo fue ligeramente adaptado en los años sucesivos por sus defensores para tratar de acomodar, al menos parcialmente, estas críticas<sup>118</sup>, pero lo cierto es que la teoría de la democracia cosmopolita fue perdiendo inercia en la bibliografía especializada, particularmente a la luz de los cambios operados en las relaciones internacionales desde la “optimista” década de 1990 hasta nuestros tiempos<sup>119</sup>.

Sin perjuicio de estos dos motivos de escepticismo, el desarrollo de la primera parte de este capítulo sugiere que -como en el caso de los modelos intergubernamentales-

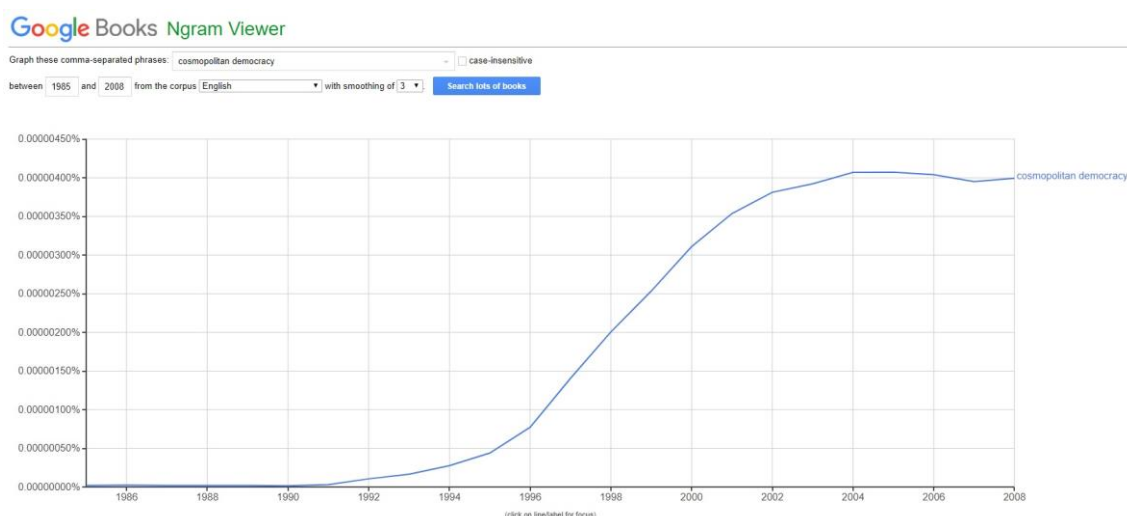
<sup>115</sup> FALK & STRAUSS, 2000b, p. 193. Véase también ARCHIBUGI, 1993, pp. 303–309, 2004, p. 451; ARCHIBUGI & HELD, 2011, pp. 446–447; HELD, 1995b, p. 279; E. STEIN, 2001, pp. 533–534.

<sup>116</sup> Véase, por ejemplo, BESSON, 2009, p. 66; BOHMAN, 2007, pp. 40–41; MACDONALD, 2008, pp. 23–29; URBINATI, 2003, p. 77; WALZER, 2000.

<sup>117</sup> Véase, por ejemplo, BESSON, 2009, p. 66; DRYZEK, 2012, p. 107; KINGSBURY, 2002a, p. 184.

<sup>118</sup> Véase, por ejemplo, ARCHIBUGI, 2004, 2012.

<sup>119</sup> El Google Books Ngram Viewer (que permite analizar la base de datos de Google Académico para saber la frecuencia con la que fue usado un determinado término en la bibliografía a lo largo del tiempo) muestra cómo, luego de un crecimiento exponencial durante la década de 1990, el uso del término “cosmopolitan democracy” se amesetó significativamente hacia el año 2003 (véase <https://goo.gl/mHpsrD>):





nuestra intérprete debería tener ciertas objeciones de principio acerca de cómo estos autores interpretan la aplicación del ideal de autogobierno democrático a la esfera global. El problema central, como quizás resulte evidente a esta altura, es que el foco esté puesto tan centralmente en el desarrollo de mecanismos representativos, y no en expandir la participación directa de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones que ocurren más allá de las fronteras de los Estados. Si bien los teóricos de la democracia cosmopolita, a diferencia de los defensores del modelo estatista, reconocen la importancia de la intervención de la sociedad civil para la democratización de la gobernanza global<sup>120</sup>, lo cierto es que sus propuestas lejos están de tener la participación directa de la ciudadanía como prioridad. Y si, como vimos, el ideal de autogobierno es uno de participación directa, y la representación política es, en todo caso, un mal necesario, entonces la agenda de democratización debería tener como prioridad no solamente mejorar las instituciones representativas indispensables, sino también articularlas con mecanismos directamente participativos.

## **2. DELINEANDO UNA DEMOCRACIA DELIBERATIVA GLOBAL: EL ROL DE LA SOCIEDAD CIVIL, ENTRE LA PARTICIPACIÓN Y LA REPRESENTACIÓN**

A diferencia de lo que plantean quienes defienden el modelo estatista, parecería, entonces, que el principio de autogobierno democrático sí exige que las decisiones públicas de creación de derecho internacional sean tomadas a través de procedimientos que aseguren, además de la *representación* de los individuos, la existencia de espacios de *participación directa*, de modo que la sociedad civil pueda ejercer influencia en las

---

<sup>120</sup> El más enfático en este sentido fue Richard Falk, a quien quizás se pueda ubicar en una especie de punto de transición entre la “democracia cosmopolita” y las posteriores teorías más directamente participativas (véase FALK, 2000a, 2003). David Held y Daniele Archibugi también previeron algún rol para la sociedad civil, aunque sin tanto entusiasmo. En su libro de 1995, David Held sostenía que la posibilidad de que la sociedad civil se constituyera en un elemento democratizador era “un poco prematura” (HELD, 1995b, p. 125). Daniele Archibugi era un poco más optimista: “Los ciudadanos y sus organizaciones pueden jugar un rol fundamental en los tres niveles de democracia aquí descriptos. Además de la lucha eterna por extender la democracia en sus propias comunidades políticas, la sociedad civil puede inducir a sus respectivos gobiernos a adoptar políticas conducivas a que las relaciones interestatales sean pacíficas y legales. También pueden jugar un rol directo en la administración de los asuntos globales. Esto no quiere decir que haya un movimiento masivo para extender la democracia más allá del nivel estatal. Por el contrario, debería reconocerse que ese movimiento es aún pequeño a la luz de las metas ambiciosas. No obstante, hay suficiente evidencia de que los ciudadanos pueden jugar un rol importante en el proceso de democratizar la sociedad global, como ya lo han hecho a través de las luchas para lograr la democracia en sus propias comunidades (ARCHIBUGI, 1998, p. 222). En textos posteriores, no obstante, ambos reconocen el valor y la importancia de la participación de la sociedad civil, aunque nunca la coloquen en el centro de la escena. Véase, por ejemplo, ARCHIBUGI & HELD, 2011, p. 452.

decisiones que tomen las y los representantes<sup>121</sup>. El modelo que nuestra intérprete debe buscar, por lo tanto, es uno que se asemeje a lo que Anne Peters llamó seminalmente “democracia dual”<sup>122</sup>. Este esquema está orientado, por un lado, (i) a mejorar la *representación* de los individuos en la esfera global -sea a través de los Estados, como sugiere la propia Peters<sup>123</sup>, o además con instituciones representativas globales, como

---

<sup>121</sup> Steven Wheatley es muy explícito en este sentido: “Los órganos representativos deliberativos son insuficientes en sí mismos para proveer legitimidad democrática en un sistema político en el cual las personas deben verse a sí mismas, simultáneamente, como sujetos y autores del derecho. Los reguladores globales deben permanecer abiertos a las posibilidades de que emerja una opinión pública en la esfera pública global informal constituida por el ejercicio de la autoridad política y deben desarrollar mecanismos para permitir que las opiniones dentro de la esfera pública influyan los debates dentro de las instituciones formales. Esto requiere un compromiso proactivo con aquellos sujetos al régimen regulatorio global y sus representantes, y mecanismos para permitir que se oyan todas las voces y que influyan las deliberaciones” (WHEATLEY, 2011, p. 543). Véase, también, BESSON, 2009, p. 81 (“[e]xisten dos modalidades constitutivas de la democracia a las que se les debería prestar atención al institucionalizar la democracia global: por un lado, la participación, y por otro, la representación”), HABERMAS, 2001, p. 111 (“[u]na esfera pública funcional, la calidad de la discusión, la accesibilidad, y la estructura discursiva de la formación de opiniones y voluntades, no podrían reemplazar enteramente los procedimientos convencionales de toma de decisiones y representación política. Pero sí inclinan la balanza, de la personificación concreta de la voluntad soberana en personas, votos, y colectivos, a las demandas procedimentales de los procesos comunicativos y de toma de decisiones. Y esto relaja los vínculos conceptuales entre la legitimidad democrática y las formas tradicionales de organización estatal”), y CASTELLS, 2008, p. 90 (“es esencial que los actores estatales y las instituciones intergubernamentales, como las Naciones Unidas, se relacionen con la sociedad civil no solamente a través de mecanismos institucionales y procedimientos de representación política, sino también en debates públicos en la esfera pública global”).

<sup>122</sup> Véase, centralmente, PETERS, 2009a, pero también PETERS, 2005, 2006, 2009b, 2009c; PETERS ET AL., 2009; PETERS & PETER, 2012. Probablemente inspirados por esta caracterización de Peters, Samantha Besson y José Luis Martí llaman “modelo dualista” a uno que combina como actores legítimos en la creación del derecho internacional a los Estados (garantes de la representación) y a la sociedad civil (canal de la participación). Véase BESSON & MARTÍ, 2018, pp. 17–22.

<sup>123</sup> La idea es que “mientras que los Estados, los actores principales, los sujetos jurídicos originales y primarios, y los principales creadores del derecho internacional, sean en sí mismos democráticos, ellos legitiman indirectamente al derecho internacional y la gobernanza global” (PETERS, 2009a, p. 271). Peters afirma que es importante mantener a los Estados como sujetos primarios del derecho internacional: “En efecto, la *accountability* de las organizaciones y los regímenes internacionales a los Estados nación democráticos es una *conditio sine qua non* para la gobernanza global democrática. Deshacerse de los Estados implicaría una única comunidad política global, que sería remota para los ciudadanos, inevitablemente inflexible y complicada; en suma, no operacional. Los Estados y otras unidades políticas locales poseen mayor conocimiento respecto de los asuntos locales que las instituciones globales, y pueden actuar más rápido. Pero los Estados no solamente son necesarios para la acción política efectiva, sino también por razones democráticas. Ellos son los representantes políticos formalmente constituidos de grupos identificables (las naciones). Son los mediadores entre seis mil millones de personas y las instituciones globales. Por lo tanto, el orden constitucional global debería, *inter alia*, basarse en la soberanía estatal, expresando la soberanía popular, como fuente de legitimidad. Todo esto significa que el orden constitucional global no debería ser una democracia sin Estados, sino que debería basarse en los propios Estados, y que esos Estados deberían ser democratizados. Los Estados democráticos pueden contribuir a la democracia global en dos niveles: dentro de los Estados, donde las decisiones deben ser tomadas democráticamente; y en el plano internacional, los Estados democráticos representan a sus ciudadanos” (PETERS, 2009a, p. 272). Véase, en el mismo sentido, WHEATLEY, 2011, pp. 546–547.

proponen los teóricos de la democracia cosmopolita<sup>124</sup>-, pero también, por otro lado, (ii) a generar mecanismos de *participación* directa de la ciudadanía, dado que, como vimos, una ‘asociación voluntaria de Estados democráticos’ es insuficiente para dotar de legitimidad al orden global<sup>125</sup>.

Es importante subrayar que el desafío de esta “democracia dual” no es solo el de mejorar separadamente la representación y la participación de la sociedad civil<sup>126</sup>, sino, que es, además -y crucialmente-, el de encontrar el modo de conectar estos dos procesos para que las decisiones de creación de derecho internacional efectivamente respondan a ambos (y no a uno u otro)<sup>127</sup>. James Bohman describe este proceso como la conversión de la “libertad comunicativa” de las y los ciudadanos -quizás equiparable a su libertad de expresión- en un “poder comunicativo” de la ciudadanía – quizás equiparable a su derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos<sup>128</sup>. Esta transformación de mera “expresión” a “participación” ocurre, según Bohman, cuando esa posibilidad que tienen los individuos de hacer oír su voz respecto de las decisiones públicas “es incorporada en los procesos institucionalizados de toma de decisiones. El poder comunicativo es, entonces, un estatus decisorio, que es regulado a través de las oportunidades de acceso para influenciar una decisión autoritativa”<sup>129</sup>.

Para generar este vínculo entre representación y participación, diversos teóricos y teóricas han propuesto extrapolar al nivel global el sistema de democracia deliberativa de

---

<sup>124</sup> Véase, nuevamente, ARCHIBUGI, 1993, 1998, 2003, 2004, 2008, 2012; FALK & STRAUSS, 2000b; HELD, 1995b, 1997b, 1997a, 2004, 2009, 2010; HELD & KOENIG-ARCHIBUGI, 2003; HELD & MCGREW, 2003; TÄNNSJÖ, 2006

<sup>125</sup> “Incluso si todos los Estados del mundo se convirtieran en democracias, esto no sería suficiente para lograr un grado considerable de legitimidad democrática global (...). Por lo tanto, se debe permitir que los ciudadanos, como la fuente última de autoridad política, circunvalen a sus intermediarios, los Estados, y tomen una acción democrática directa en el plano supraestatal” (PETERS, 2009a, pp. 264–265).

<sup>126</sup> “La democracia, en esencia”, sostiene Jonathan Kuyper, “consiste en el gobierno del pueblo. Cualquier sistema democrático debería buscar la mayor participación y representación posible de aquellos individuos significativamente afectados” (KUYPER, 2014, p. 625).

<sup>127</sup> “Para que un Estado sea democrático”, dice Steven Wheatley, “se requiere una esfera pública robusta que sea capaz de influenciar debates parlamentarios. Los reguladores globales requieren una forma distinta de esfera pública (global), capaz de promover la deliberación democrática, el debate, y el desafío de las políticas. El requisito mínimo es que las opiniones que emerjan en la esfera pública sean capaces de influenciar los procesos relevantes de toma de decisiones. Este modelo forma débil se puede convertir en un modelo fuerte con la introducción de ‘procesos institucionalizados de toma de decisiones con oportunidades regularizadas de *inputs ex ante*’” (WHEATLEY, 2011, p. 544).

<sup>128</sup> Véase, para la esfera nacional, BOHMAN, 2012, y para la esfera global, BOHMAN, 2007, 2010.

<sup>129</sup> BOHMAN, 2010, p. 432.

“doble vía” diseñado por Habermas para el nivel nacional, adaptado a las peculiares características de las relaciones internacionales<sup>130</sup>. Lo que podemos denominar -muy a grandes rasgos- *teoría de la democracia deliberativa global*<sup>131</sup>, propone, entonces, la existencia de dos tipos de esferas públicas operando de forma interdependiente en cada

---

<sup>130</sup> La posición del propio Habermas respecto de la aplicación de su modelo a la esfera global es difícil de categorizar. Por un lado, (1) él afirma desconfiar del proyecto de la democracia global. Según él, para que una comunidad pueda ser entendida como democrática, ésta debe tener un cierto sentido de identidad, incluyendo la posibilidad de distinguir a los miembros de los no miembros de la comunidad. Para Habermas, dado que estos elementos no están presentes en el plano global, cualquier reforma, “por más deseable que sea, resulta insuficiente para conectar el nivel supranacional con el nacional, de modo tal de crear una cadena ininterrumpida de legitimación que vaya de los Estados-nación a la organización global” (HABERMAS, 2007, p. 338). Por lo tanto, como el *debe* presupone un *puede*, la democracia global es inalcanzable (véase, generalmente, HABERMAS, 2007, pp. 338–342; para una discusión de la principal objeción de Habermas a la democracia global (la ausencia de suficiente solidaridad), véase el próximo capítulo de esta tesis). No obstante, por otro lado, (2) Habermas luego defiende un modelo de toma de decisiones globales que, según mi lectura, podría ser catalogado como una (suave) demanda de democratización. Por ejemplo, en sus primeros escritos sobre el tema, Habermas afirma que “la participación institucionalizada de organizaciones no gubernamentales en las deliberaciones de los sistemas internacionales de negociación reforzaría la legitimidad de los procedimientos” (HABERMAS, 2001, p. 111) o que “equipar a la organización internacional con el derecho de demandar que los Estados miembros realicen referéndums sobre temas importantes es también una sugerencia interesante” (HABERMAS, 2001, p. 111). En escritos posteriores, en los que propone un modelo de gobernanza global basado en tres niveles diferenciados (supranacional, transnacional y nacional), Habermas también reconoce cierto potencial de este tipo de procesos de legitimación. Para la esfera supranacional, la necesidad de legitimación, dice, “puede ser satisfecha si emerge una esfera pública global funcional. Los actores vigilantes de la sociedad civil que son sensibles a los asuntos relevantes deberían generar transparencia global para los asuntos y decisiones correpondientes y proveer la oportunidad para que los ciudadanos cosmopolitas desarrollen opiniones informadas y tomen posición sobre esos asuntos. Esas posiciones podrían producir efectos a través de las elecciones a la Asamblea General” (HABERMAS, 2008, p. 451). En el caso de la esfera transnacional, la cuestión es más compleja, porque Habermas la ve como una “negociación” entre Estados. No obstante, incluso allí afirma ue “las esferas públicas nacionales deberían volverse receptivas unas con otras a tal punto que se desarrollaría cierta transparencia en la política transnacional dentro de regímenes regionales y grandes potencias. Los jefes negociadores estarían equipados con un mandate democrático al nivel transnacional solo en la medida en que los procesos de formación de opiniones y voluntades respecto de los parámetros de la política doméstica global sean desarrollados entre los ciudadanos que estén en una posición de influenciar a las autoridades delegantes” (HABERMAS, 2008, p. 452). La posición de Habermas, de todos modos, es bastante minoritaria dentro de la bibliografía respecto de la democracia global. John Dryzek, por ejemplo, sostiene que el modelo de la democracia deliberativa “está particularmente bien situado para tomar el desafío global, en parte porque las elecciones no constituyen su *sine qua non*. Es mucho más directo pensar en la democracia global de este modo que en términos de elecciones competitivas, especificación constitucional y separación de poderes, autoridad soberana, un marco jurídico común y momentos de decisión colectiva vinculante. El Estado liberal democrático no provee ningún modelo aplicable para la democracia global (y si lo diera, sería muy resistido por gran parte del mundo). La política global puede no ser muy deliberativa o democrática hoy, pero entonces la tarea es volverla tal” (DRYZEK, 2010, p. 177). En la misma línea que Dryzek, véase BESSON, 2009, p. 74; NANZ & STEFFEK, 2004, p. 318; SAMHAT & PAYNE, 2003, pp. 279–280. Para un argumento explícito de extrapolación del modelo habermasiano a la esfera global, véase BESSON & MARTÍ, 2018, p. 19.

<sup>131</sup> Véase, por ejemplo, BESSON, 2009; BESSON & MARTÍ, 2018; BOHMAN, 1999, 2007, 2010; BRUNKHORST, 2002; CASTELLS, 2008; J. COHEN & SABEL, 2004, pp. 779–784; DRYZEK, 2000, 2008, 2010, 2012; FORST, 2013; FRASER, 2010; KINGSBURY ET AL., 2016; KUYPER, 2014; LAFONT, 2010; MARTÍ, 2010, 2012; MARXSEN, 2015; NANZ & STEFFEK, 2004; SAMHAT & PAYNE, 2003; W. SMITH & BRASSETT, 2008; STEFFEK, 2018; STEFFEK & NANZ, 2008; WHEATLEY, 2010, 2010, 2011; YOUNG, 2000a, pp. 270–271, y en cierta medida, DE BÚRCA ET AL., 2013, 2014.

uno de los procesos de creación de derecho internacional<sup>132</sup>. Por un lado, hay una serie de esferas públicas “macro” o “informales”, en las cuales la ciudadanía debate a gran escala acerca de los asuntos públicos<sup>133</sup>. Por otro lado, en tanto, existen múltiples esferas públicas “micro” o “formales”, en las que las y los representantes -influenciados por la opinión pública- debaten y toman decisiones de creación de derecho internacional. En el medio, entre ambas, existe una serie de mecanismos institucionales y jurídicos destinados a garantizar la fluidez entre una y otra esferas de deliberación, y la influencia de los mecanismos participativos en los procesos representativos de toma de decisiones<sup>134</sup>.

El derecho de la sociedad civil a participar en estos procesos puede ser entendido como uno de estos institutos jurídicos intermedios, indispensables para garantizar la conexión entre representación y participación<sup>135</sup>. Gracias al derecho a la participación, la sociedad civil puede operar como “correa de transmisión”<sup>136</sup> entre la deliberación pública

---

<sup>132</sup> Como veremos más adelante, es importante subrayar que no son dos esferas públicas, sino dos *tipos* de esfera pública. Como explica Samantha Besson, “la democracia global es el resultado de la imbricación de muchos procesos democráticos nacionales, transnacionales, internacionales y supranacionales en los cuales los sujetos democráticos son muchos y no necesariamente constiuyen un *demos* único y dominante. Por lo tanto, en lugar de buscar un único *demos* global unitario, sea nacional o supranacional, la alternativa a una comunidad política indirectamente democrática como una unión de Estados democráticos, debería ser una comunidad política directamente *demosi*-crática, como una unión de personas” (BESSON, 2009, p. 69). Estas múltiples esferas públicas existentes pueden ser caracterizadas, luego, en “formales” o “informales” (HABERMAS, 1996, p. 308), en “macro” o “micro” (HENDRIKS, 2006, p. 499), o en “horizontal” o “vertical” (KUYPER, 2014, p. 629).

<sup>133</sup> Múltiples autores han destacado la naturaleza “deliberativa” (aunque no necesariamente democrática) de los procesos actualmente existentes de toma de decisiones internacionales. Sobre estas esferas de discusión y la importancia que tiene la acción comunicativa en ellas, véase, por ejemplo, JOHNSTONE, 2003, 2011; MITZEN, 2005; RISSE, 2000.

<sup>134</sup> Samhat y Payne enfatizan que lo crucial en este proceso no es la naturaleza de las organizaciones que operan en la esfera pública global, cuyos efectos sobre la democratización de la toma de decisiones es disímil, sino que lo crucial es más bien la existencia de “normas procedimentales que fomenten el debate abierto e inclusivo, porque permiten que se exprese un número creciente de voces, con metas y procedencias geográficas más diversas” (SAMHAT & PAYNE, 2003, p. 287).

<sup>135</sup> Este doble rol de *input* y *output* de la sociedad civil es central para la teoría habermasiana de la democracia, a nivel nacional (véase, por ejemplo, FORST, 2001, p. 369). Patrizia Nanz y Jens Steffek explican que “[l]a democracia deliberativa debe asegurar que las preocupaciones de los ciudadanos lleguen al proceso de determinación de políticas públicas y sean tenidas en cuenta cuando llega el momento de tomar una decisión respecto de reglas vinculantes. Por lo tanto, la democracia deliberativa se apoya en ciertas condiciones *participativas* para la creación de normas. Desde esa mirada, es crucial que el proceso de deliberación (política) dentro de las organizaciones internacionales sea abierto tanto al escrutinio público como a las contriubuciones de aquellos afectados” (NANZ & STEFFEK, 2004, p. 320).

<sup>136</sup> NANZ & STEFFEK, 2004, p. 323; STEFFEK & NANZ, 2008, p. 8. Gordon White había anticipado en 1994 una idea similar, aunque aplicada al ámbito nacional: “la sociedad civil juega un rol potencialmente crucial como intermediario o como una ‘correa de transmisión’ (de dos vías) entre el Estado y la sociedad, en formas que condicionan la relación entre ciudadanos individuales y el sistema político formal. En un escenario optimista, una sociedad civil active puede servir para mejorar el desempeño de las comunidades políticas en transmitir las demandas y articular los intereses de sectores de la población. La sociedad civil

“macro” de la ciudadanía y la deliberación pública “micro” de los representantes, asegurando la fluidez entre ambas<sup>137</sup>. Patrizia Nanz y Jens Steffek explican con claridad esta operación:

“Sostenemos que la sociedad civil organizada tiene un alto potencial de actuar como ‘correa de transmisión’ entre los procesos deliberativos que ocurren dentro de las organizaciones internacionales y las esferas públicas transnacionales emergentes. Ese interfaz discursivo opera en dos direcciones. Primero, las organizaciones de la sociedad civil le pueden dar voz a las preocupaciones de los ciudadanos y canalizarlas al proceso deliberativo de las organizaciones internacionales. Segundo, pueden volver más transparente el proceso interno de toma de decisiones de las organizaciones internacionales para el público más amplio, y formular cuestiones técnicas en términos accesibles”<sup>138</sup>.

---

puede facilitar la comunicación política entre el Estado y la sociedad, funcionando, así, como un principio alternativo de representación, complementario a las elecciones periódicas, y como un mecanismo adicional para fortalecer la rendición de cuentas democrática. Puede economizar, en su caso, los costos de transacción de la democracia, al identificar, ‘empaquetar’ y transmitir demandas políticas que de otro modo quedarían inactivas o serían expresadas de modo fragmentario o inefectivo” (WHITE, 1994, p. 384). Véase también BEXELL ET AL., 2010, pp. 86–87; TALLBERG & UHLIN, 2012, p. 212.

<sup>137</sup> Carolyn Hendriks explica este rol “dual” de la sociedad civil (a nivel nacional) delineando dos tipos de deliberación pública: la deliberación “macro”, aquella informal y desestructurada, propia de la esfera pública que integra la sociedad en su conjunto, y la deliberación pública “micro”, es decir, aquella que ocurre en foros pequeños, formales y estructurados. La sugerencia de Hendriks, en línea con aproximaciones de tipo “sistémico” a la democracia deliberativa (véase MANSBRIDGE ET AL., 2012), es que es importante tomar una visión de conjunto que integre ambos espacios: “un sistema deliberativo más *integrado* podría (1) celebrar la *multiplicidad* de foros deliberativos, y (2) fomentar *conexiones* entre estos foros. Para este fin, es útil, creo, conceptualizar la deliberación pública de modo similar a la definición espacial de la sociedad civil antes introducida. Como la sociedad civil, un sistema deliberativo incluye una serie de escenarios en los cuales se desarrollan distintos tipos de actividades particulares; en este caso, prácticas comunicativas que fomentan la reflexión pública crítica. En contraste con el modelo de doble vía de Habermas, el sistema deliberativo *integrado* que propongo reconoce que la deliberación ocurre en una variedad de foros públicos, a los que llamo ‘esferas discursivas’. Una esfera discursiva es un sitio en el cual el discurso público se lleva a cabo a través de la exposición y discusión de diferentes perspectivas. Estos incluyen, por ejemplo, parlamentos, reuniones de comités, reuniones de partidos, mesas redondas de afectados, comités de expertos, foros comunitarios, seminarios públicos, eventos religiosos, etcétera” (HENDRIKS, 2006, p. 499). Para una aplicación de las ideas de Hendriks al plano global, véase STEFFEK, 2018, p. 442. Jonathan Kuiper presenta ideas muy similares, aplicadas específicamente al plano global. Kuiper describe estos dos espacios como la dimensión “horizontal” y “vertical” de las diversas esferas públicas de los varios regímenes autocontenidos de creación de derecho internacional. En la dimensión “horizontal”, para él, “los negociadores multilaterales, como representantes del interés nacional y de ciertos discursos, realizan una función democrática crucial. En la misma línea, aunque las ONGs no rindan cuentas directamente a los afectados, también pueden contribuir a la democratización global, desafiando sitios de autoridad, poniendo asuntos en la agenda, siendo *proxies* para la rendición de cuentas, y realizando funciones representativas”. “La dimensión vertical”, en tanto, “une a los creadores del derecho con los sujetos del derecho a través de una variedad de mecanismos. En general, estas conexiones son desarrolladas a través de un marco de experimentalismo democrático. Los individuos deberían ser incluidos gradualmente como participantes en las estructuras de gobernanza de un modo que permita la participación y la rendición de cuentas a múltiples *demoi* superpuestos, que se desarrollan a lo largo del tiempo (...) Considero a ambos componentes integrales a la democratización global” (KUYPER, 2014, p. 629).

<sup>138</sup> NANZ & STEFFEK, 2004, p. 323. En sentido similar, Samhat y Payne sostienen que la deliberación pública global “puede ser facilitada por ONGs, y redes de ONGs, que frecuentemente les dan voz a aquellos en los

Este rol dual de la sociedad civil es el que permite explicar, a su vez, las dos concepciones de la idea de “sociedad civil”, y las dos versiones del derecho a la participación que vimos en capítulos anteriores<sup>139</sup>. Por un lado, el derecho tiene (i) una faceta *programática*, que se presenta como una obligación de expandir la posibilidad general de la ciudadanía afectada de ejercer influencia sobre las decisiones públicas que toman los funcionarios. Esta cara del derecho es la que busca asegurar una deliberación pública “macro” robusta e inclusiva, en la que participe la mayor cantidad de ciudadanos y ciudadanas posible. La sociedad civil actúa aquí, ampliamente, como “el sustrato organizacional del público general de ciudadanos”<sup>140</sup>. Pero, además, por otro lado, y simultáneamente, el derecho tiene (ii) una faceta *específica*, que les otorga a ciertas organizaciones la posibilidad de tener acceso, voz y oportunidades en el contexto de la deliberación pública “micro” de los diversos foros (más o menos) formales de creación de derecho internacional. En esta faceta, la sociedad civil se presenta, más concretamente, como “un conjunto de instituciones no gubernamentales jurídicamente protegidas, que tienden a ser no-violentas, auto-organizadas, autorreflexivas, y que están permanentemente en tensión, tanto entre sí como con las instituciones gubernamentales que enmarcan, limitan y permiten sus actividades”<sup>141</sup>. Es en la combinación de ambos roles donde la “sociedad civil” (entendida como la sumatoria de los dos sentidos antes mencionados) puede constituirse como el “eslabón perdido” entre la representación política y la participación directa de la ciudadanía en la creación de derecho internacional.

En lo que sigue, indagaré un poco más en el rol de la sociedad civil en la democracia deliberativa global. Primero, (2.1) presentaré los dos roles centrales que debe asumir la

---

márgenes, de ese modo superando la división entre experiencias locales y procesos globales” (SAMHAT & PAYNE, 2003, p. 282). Samantha Besson parece coincidir: “los canales oficiales de deliberación y decisión deben ser complementados por canales no oficiales que den cuenta de la dimensión civil de la esfera pública internacional. Este es el caso a nivel nacional, pero esos canales son todavía más importantes a nivel global; en efecto, los mecanismos de rendición de cuentas están espacial y cronológicamente diferidos en una democracia desterritorializada, y necesitan ser complementados con esferas públicas robustas e interconectadas” (BESSON, 2009, p. 76). Citando a Nanz y Steffek, Christian Marxsen sostiene que “en el plano internacional, la vida asociacional de la sociedad civil actúa como un comunicador de doble vía entre las organizaciones internacionales y sus procesos de creación de derecho, de un lado, y los ciudadanos, del otro” (MARXSEN, 2015, p. 745).

<sup>139</sup> Véase, sobre todo, el argumento de la última parte del capítulo 5. Para una mirada similar respecto de las dos facetas de la idea de participación, véase MARXSEN, 2015, p. 746.

<sup>140</sup> HABERMAS, 1996, p. 367 (“Más o menos emergente de la esfera privada, este público está compuesto por ciudadanos que buscan interpretaciones aceptables para sus intereses y experiencias sociales, y que quieren tener una influencia en la formación institucionalizada de opiniones y voluntades”).

<sup>141</sup> KEANE, 2010, p. 461.

sociedad civil para cumplir con su tarea de “correa de transmisión” global: uno contestatario, y otro más propositivo. Luego, (2.2) estudiaré el funcionamiento de estos principios en el marco de una gobernanza global cada vez más descentralizada. Y, por último, (2.3) intentaré responder a algunas críticas que han sido vertidas respecto de la posibilidad de que se le reconozca este derecho a la sociedad civil.

## **2.1. Los roles *contestatario* y *propositivo* de la sociedad civil en la democracia deliberativa global**

En lo que sigue, argumentaré que para cumplir su rol de “correa de transmisión” entre representantes y representados, la sociedad civil debe ejercer dos funciones cruciales. La primera (i) consiste en asumir un rol *contestatario*, controlando el accionar de las y los representantes y tomando posición frente a sus iniciativas a partir de los argumentos vertidos en la deliberación pública global (formal e informal)<sup>142</sup>. Idealmente, la sociedad civil debería poder interpelar a quienes toman las decisiones y forzarlos a proveer razones que justifiquen su accionar<sup>143</sup>. Estos argumentos luego serán analizados en la esfera pública “macro” por aquellas y aquellos afectados por la decisión, pudiendo exigir de sus representantes -a través del debate público, pero también a través de los propios mecanismos representativos, como el voto en elecciones nacionales- que ajusten su conducta a la “la coacción sin coacciones del mejor argumento”<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> John Dryzek fue uno de los primeros en destacar este rol: “La actividad política de la sociedad civil transnacional consiste mayormente en cuestionar, criticar y publicitar. Una vez más, un cínico podría ver esto como capaz de generar únicamente algunos pinchazos en el cuero de poderes establecidos, tales como los Estados, las OIs, o las empresas multinacionales. Pero -crucialmente- estas acciones también pueden cambiar los términos del discurso, y el balance de distintos componentes en la constelación de discursos internacionales que he descripto” (DRYZEK, 2000, p. 131). Para una descripción (y crítica) de esta posición, véase BOHMAN, 2007, pp. 42–43. Véase, en un sentido similar, DRYZEK, 2012, p. 113; FORST, 2013, p. 54; GÖRG & HIRSCH, 1998, p. 603. Hagai Katz identifica en el desarrollo reciente de la sociedad civil global un potencial de convertirse en un agente contra-hegemónico, en términos gramscianos, capaz de revertir la hegemonía neoliberal y expresar la voz de aquellos marginados por este sistema (KATZ, 2006). Sobre movimientos sociales y protesta en la esfera global, véase, por ejemplo, DE SOUSA SANTOS & RODRÍGUEZ GARAVITO, 2005; DELLA PORTA, ANDRETTA, MOSCA, & REITER, 2006.

<sup>143</sup> Como explica Rainer Forst, “es necesario que exista la posibilidad general y sin obstáculos de presentar objeciones a las decisiones, señalando que argumentos o razones recíprocamente no rechazables fueron ignorados en el proceso” (FORST, 2001, p. 370). Véase, sobre esta idea de interpelación, NANZ & STEFFEK, 2004, p. 330.

<sup>144</sup> HABERMAS, 1996, p. 306. La sociedad civil tiene entonces un rol clave como agente encargado de de ventilar los peores argumentos que se ofrecen en la deliberación “micro”, para obligar a quienes los sostienen a cambiar sus cursos de acción, poniendo así en acción lo que Jon Elster llamó, famosamente, “la fuerza civilizatoria de la hipocresía” (ELSTER, 1998b, p. 12). Samhat y Payne identifican esta dinámica en la esfera global: “las ONGs frecuentemente tienen a su disposición el poder de movilizar la opinión global, la atención de los medios, la conciencia, y los actores estatales eventualmente comienzan a responder a los argumentos de las ONGs a medida que las normas defendidas adquieren mayor validez en contextos particulares. La transformación del carácter del diálogo de un intercambio retórico a una racionalidad



Si bien la realidad de los mecanismos de creación de derecho internacional está aún alejada de este ideal de interpelación, la ampliación de los espacios de participación descrita en capítulos anteriores ha permitido que la sociedad civil ejerza crecientemente este tipo de funciones en la esfera pública global. Un ejemplo clásico en la bibliografía especializada es el proceso que llevó al fracaso del proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversiones, impulsado por la OECD durante la década de 1990. Luego de que se filtraran ciertas negociaciones secretas, una variada red de activistas llevó adelante una campaña pública argumentando que el tratado “protegería los derechos de los inversores extranjeros, y limitaría la habilidad de los gobiernos de legislar en el interés público, por ejemplo, respecto de cuestiones ambientales y laborales”<sup>145</sup>. Pese a los vanos intentos de los negociadores de la OECD, las tratativas fueron finalmente abandonadas en 1998, ante las dificultades políticas para seguir defendiendo el acuerdo. Años después, la sociedad civil logró victorias similares frenando las negociaciones del tratado que pretendía crear el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)<sup>146</sup>, y al menos congelando las negociaciones de la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (ATCI o TTIP)<sup>147</sup>. En el caso del TPP, en tanto, gracias al activismo de personas como Zahara Heckscher, el descontento con el modelo de tratado propuesto originalmente y con el proceso poco transparente de negociación tuvo un impacto significativo en la campaña presidencial estadounidense de 2016, en la que ambos candidatos entendieron que era políticamente redituable pronunciarse en contra de su ratificación<sup>148</sup>. La versión del acuerdo que finalmente fue firmada por los demás once Estados (el CPTPP), además, enmendó varias cláusulas que habían suscitado reclamos por parte de organizaciones de la sociedad civil, reclamos que los gobiernos se vieron forzados a oír ante la publicación

---

verdaderamente argumentativa es un reflejo del ‘efecto civilizatorio’ de la deliberación pública” (SAMHAT & PAYNE, 2003, p. 289).

<sup>145</sup> BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 76. Sobre el fracaso del “MAI” y el rol de la sociedad civil, véase, por ejemplo, BATLU, 2000–2001; GRAHAM, 1998; KOBRIN, 2012; MUCHLINSKI, 2000; PETERS, 2005, p. 54; SAMHAT & PAYNE, 2003, pp. 286–287; WALTER, 2001.

<sup>146</sup> Sobre el fracaso del ALCA, véase, por ejemplo, SAGUIER, 2007, 2012; SVAMPA, 2006, 2010.

<sup>147</sup> Sobre el fracaso del TTIP, véase, por ejemplo, CROUCH, 2014; ELIASSON & HUET, 2018; GHEYLE & DE VILLE, 2017.

<sup>148</sup> Sobre la posición de Hillary Clinton (“no puedo apoyar este acuerdo”), véase CHOZICK, 2015; sobre la posición de Donald Trump (“el TPP es otro desastre impulsado por grupos de interés que quieren violar a nuestro país; es una violación continua a nuestro país”), véase LIMA, 2016.

del texto del tratado y ante cierta apertura de las negociaciones (por ejemplo, respecto de la posibilidad de regular a las tabacaleras<sup>149</sup>, o en temas de propiedad intelectual<sup>150</sup>).

Pese a la importancia de estas acciones de la sociedad civil, lo cierto es que su rol en estos procesos no debería limitarse a “desafiar las decisiones que han sido tomadas o las acciones que se están realizando, sino que debería tener a estos actores también como participantes activos -y, por lo tanto, como autores parciales- de la creación de derecho internacional”<sup>151</sup>. Esta segunda función de la sociedad civil, más propositiva, que James Bohman denomina (ii) la *capacidad de iniciar la deliberación*<sup>152</sup>, es particularmente importante en el ámbito de la gobernanza global. La razón reside en la naturaleza descentralizada del proceso de creación de derecho internacional, en el cual la capacidad de determinar la agenda es quizás más estratégica que la posibilidad de influenciar posteriormente el contenido de la regulación.

Consideremos el ejemplo del “sistema” de tribunales internacionales actualmente existente. Durante los últimos cincuenta años, la comunidad internacional fue creando los más variados mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales, en respuesta a problemas específicos identificados en distintas áreas<sup>153</sup>. Pero este proceso de proliferación de tribunales internacionales no fue generalizado y unívoco, sino que fue, como sostiene Benedict Kingsbury, más bien “dispar”<sup>154</sup>: mientras que existen diversos mecanismos de sencillo acceso para proteger derechos de empresas multinacionales que invierten en el extranjero, o para garantizar que los mercados internacionales se mantengan abiertos<sup>155</sup>, es casi imposible encontrar un tribunal internacional que tenga

---

<sup>149</sup> Véase, sobre este punto, SISSOKO, 2018.

<sup>150</sup> Véase, sobre este punto, VOLLMER, 2017.

<sup>151</sup> BESSON & MARTÍ, 2018, p. 29. Véase, en la misma línea, KECK, 2004, pp. 43–44.

<sup>152</sup> BOHMAN, 2007, pp. 52–55. De lo contrario, “los ciudadanos serán meramente consultados, pero no tendrán la posibilidad de introducir nuevos puntos de vista, y nuevos intereses y opiniones” (BOHMAN, 2007, p. 53). Cristina Lafont coincide con Bohman en la importancia de esta faceta: “La deliberación política de los ciudadanos no debería limitarse a la posibilidad de influenciar o desafiar los resultados de las decisiones políticas, sino que debería incluir también la participación en la determinación de las alternativas políticas en consideración, la determinación de la agenda deliberativa e incluso la posibilidad de cuestionar los términos y las reglas de las propias prácticas democráticas” (LAFONT, 2010, p. 17). Véase también BOHMAN, 2005.

<sup>153</sup> Sobre este proceso de “proliferación” de tribunales internacionales, véase, por ejemplo, ALFORD, 2000; BUERGENTHAL, 2001; DUPUY & VIÑUALES, 2013; GUILLAUME, 2004; KINGSBURY, 1999; ROMANO, 1999.

<sup>154</sup> Véase, generalmente, KINGSBURY, 2012a.

<sup>155</sup> “Los hechos que están siendo juzgados bajo este nuevo paradigma son mayormente aquellos de un orden jurídico global dominado por intereses liberales. Los que priman son la economía de un comercio más libre,

jurisdicción para revisar, por ejemplo, violaciones a derechos de personas migrantes o cualquier cuestión relacionada con la pobreza global<sup>156</sup>. La emergencia “espontánea” y “descentralizada” de este “sistema” jurisdiccional internacional fue la que dificultó que la sociedad civil pudiera intervenir discursivamente de modo efectivo en el proceso crucial de determinación de las prioridades de la comunidad internacional, evadiendo así el tipo de intervención participativa que es requerida por el principio de autogobierno democrático.

Ante los desafíos de este tipo de dinámicas -que son extremadamente habituales en el proceso descentralizado de creación de derecho internacional<sup>157</sup>- es evidente que, si la sociedad civil ha de tener un rol activo en la gobernanza, entonces debe fortalecerse su capacidad de marcar la agenda y de generar nuevas propuestas de regulación que influyeran en el accionar de las y los representantes. Algunas situaciones medianamente

---

la propiedad intelectual, la protección a inversores para incrementar los flujos de fondos privados y proteger derechos de propiedad, la protección de derechos civiles y políticos básicos (incluidos aquellos de empresas y asociaciones) y los juicios retroactivos de perpetradores de ciertas atrocidades cuidadosamente delimitadas. Los asuntos ambientales ocupan una posición predecible: recibirán una atención compasiva en muchos de estos tribunales, pero no son un foco central de las reglas ni de las acciones accionables (causes of action) o ni siquiera de la experticia del personal. Los nuevos tribunales globales fueron casi todos creados como parte de regímenes especializados, más que como cortes con jurisdicción general, que podrían llegar mucho más allá de lo que los Estados que las crearon podrían querer siendo investigado y decidido” (KINGSBURY, 2012a, p. 211).

<sup>156</sup> “Muchos tipos de asuntos no son densamente judicializados en tribunales internacionales, aun cuando algunos puedan alcanzar ocasionalmente a un tribunal. Estos incluyen asuntos militares y de inteligencia relacionados con el control de armas, desarme, armas nucleares y gobernanza de la energía nuclear; gobernanza financiera global; numerosas de las acciones anti-terroristas y de compartimiento de datos; la mayor parte de los asuntos religiosos; la mayor parte de los asuntos concernientes a las políticas migratorias generales; la mayor parte de los asuntos referidos a impuestos, educación, bienestar social, trabajo, gobierno local, tierras, bosques, agua, aire, políticas urbanas y climáticas; corrupción; violencia social; procesos políticos de toma de decisiones en casi cualquier cuerpo formal o informal de gobernanza global; formas de presión o apoyo por parte de órganos globales respecto de ciertos gobiernos y sus políticas; residuos peligrosos; asistencia humanitaria y respuesta a desastres; la mayor parte del apoyo a tiranías; la mayor parte de la participación en la dilapidación de recursos naturales; la mayor parte de las formas de desigualdad y pobreza, y la mayor parte de los asuntos afectando la vida de las personas en países pobres. La relativa ausencia de judicialización de estas áreas temáticas es explicable fácilmente, y en muchos casos puede ser preferible, dados los severos límites de lo que los tribunales pueden manejar o lograr. Pero su ausencia es una parte importante del panorama existente.” (KINGSBURY, 2012a, p. 212).

<sup>157</sup> En su libro sobre la “constelación post-nacional”, Jürgen Habermas sostiene que la gran trampa del proceso globalizador neoliberal es que, a nivel supranacional, no existen equivalentes funcionales a las capacidades estatales de recaudar impuestos y de estimular el crecimiento, fundamentales para el desarrollo del Estado de bienestar. A medida que los sitios de poder se mueven del ámbito nacional al global, los Estados tienen cada vez menos posibilidades de regular los mercados. En efecto, es la ausencia de regulación de los flujos de capital la que genera el *race to the bottom* entre los Estados para ofrecer condiciones de inversión más favorable a los capitales transnacionales, con efectos cascada sobre todo el aparato socioeconómico. Véase HABERMAS, 2001, pp. 58–89, y también, para una explicación detallada de este proceso, BENVENISTI, 1999.

recientes, pero ya clásicas en la bibliografía especializada, pueden servir de ejemplo del tipo de rol que puede ocupar la sociedad civil. Un caso paradigmático es el del proceso que dio lugar a la adopción de la Convención contra la Tortura, cuya iniciación se suele atribuir a Amnistía Internacional<sup>158</sup>. La organización impulsó el tema con paciencia, promoviendo la aprobación de resoluciones no vinculantes en la Asamblea General que instalaran el tema en la agenda pública, volviéndolo ineludible para gobiernos que hasta ese momento no lo tenían como prioridad. Otro ejemplo muy estudiado es el de la Convención sobre la Prohibición de Minas Antipersonales, negociada gracias al impulso de una amplia coalición de más de 1200 organizaciones no gubernamentales, proveniente de más de 60 países<sup>159</sup>. En ese caso, la potente campaña de concientización pública desplegada por la coalición contó con la participación de numerosas celebridades (incluyendo, famosamente, a la Princesa Diana de Gales), que lograron captar la atención de la opinión pública global, y forzar así a los gobiernos a tratar el tema<sup>160</sup>. Pero además de estos casos visibles, las organizaciones de la sociedad civil rutinariamente toman la iniciativa en procesos mucho más capilares de creación de derecho internacional, usando la descentralización y la naturaleza “experimentalista” de la gobernanza global en su favor<sup>161</sup>. Así, por ejemplo, las organizaciones de derechos humanos aprovechan los espacios participativos de foros intergubernamentales (y de otros ámbitos, como los órganos de tratados) para poner en marcha mecanismos iterativos que les permitan resolver problemas concretos, locales, a través de la reforma de normas y estándares internacionales (apoyados, luego, por cabildeo y actividades a nivel local)<sup>162</sup>.

---

<sup>158</sup> Véase, por ejemplo, BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 67–68; CLARK, 2001; LIPPMAN, 1994.

<sup>159</sup> Una recopilación clásica sobre el tema, con miradas en primera persona de los participantes, es CAMERON, TOMLIN, & LAWSON, 1998. Véase, también, con perspectivas muy diversas, ANDERSON, 2000; BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 68–71; MATTHEW & RUTHERFORD, 2003; PRICE, 1998; RUTHERFORD, 2000. Para una buena descripción de cómo el proceso de creación de la Convención de Ottawa fue el resultado de dinámicas del tipo de las que se describen aquí (con la sociedad civil operando como “correa de transmisión” de la opinión pública global), véase MARXSEN, 2015, pp. 752–758. Véase, también, PETERS, 2006, p. 592.

<sup>160</sup> Kenneth Anderson, muy crítico del rol adoptado por la sociedad civil en este proceso, reconoce que “al principio, los gobiernos estaban muy poco interesados en el tema; todos los gobiernos veían la convención como algo imposible, aun cuando no fueran activamente hostiles respecto de la idea”, y que fue el impulso de las ONGs lo que cambió este *statu quo* (ANDERSON, 2000, p. 105).

<sup>161</sup> Véase DE BÚRCA, 2010, 2017; DE BÚRCA ET AL., 2013, 2014. En alguna medida, un antecedente de esta aproximación es el patrón que Kathryn Sikkink y Margaret Keck identificaron como “efecto boomerang”, en KECK & SIKKINK, 1998.

<sup>162</sup> “Lo que es crucial en un entendimiento experimentalista del funcionamiento del sistema de tratados de derechos humanos”, explica Gráinne de Búrca, “es la forma en que los argumentos y reclamos surgen de la

## 2.2. El derecho de la sociedad civil como parte de una “red constitucional”

Una de las lecciones de los ejemplos presentados en la sección anterior es que la fragmentación *horizontal* del derecho internacional en regímenes autocontenidos<sup>163</sup>, sumada a la dispersión *vertical* del poder público propia de la era de la globalización<sup>164</sup>, constituyen simultáneamente un desafío y una oportunidad para la democratización de la toma de decisiones a través de la participación de la sociedad civil. Son un desafío porque, como vimos, esta dispersión del poder de toma de decisiones puede redundar en desbalances regulatorios y en una falta de escrutinio público sobre las prioridades de la gobernanza global. Pero, a la vez, son una oportunidad, porque la multiplicidad de espacios regulatorios genera mayores puntos de entrada posibles para la participación de la sociedad civil, y mejores perspectivas para la constitución de comunidades deliberativas<sup>165</sup>. Si bien la esfera pública global, como un todo, puede no tener aun el grado de cohesión que Habermas le adjudica en su obra a la esfera pública nacional - reduciéndose así la potencia transformadora de la sociedad civil en su seno<sup>166</sup>-, cada una de las esferas públicas más pequeñas, constituidas en torno a un régimen regulatorio específico sí pueden convertirse en espacios deliberativos en los que la “la coacción sin coacciones del mejor argumento”<sup>167</sup> tenga un valor significativo<sup>168</sup>.

---

experiencia real de individuos y grupos en lugares concretos y luego son articulados a través de actores intermediarios, como activistas locales y ONGs, que a veces están informados o trabajando con redes transnacionales u ONGs internacionales, y en última instancia transmitidas al nivel internacional en la ocasión de la revisión del órgano de tratados y procesos relacionados. El resultado del órgano de tratado, en la forma de observaciones finales y recomendaciones, es luego sujeto a seguimiento y litigio a nivel local, resultando en una adaptación y vernacularización local, y el ciclo continúa luego al siguiente período de informes ante el órgano de tratado, y su correspondiente seguimiento” (DE BÚRCA, 2017, p. 293).

<sup>163</sup> Para una descripción de la idea de “régimen”, véase, desde el derecho internacional, SIMMA, 1985; SIMMA & PULKOWSKI, 2006, y desde las relaciones internacionales, ALTER & RAUSTIALA, 2018; KECK, 2004, pp. 48–52.

<sup>164</sup> Véase, al respecto, BESSON & MARTÍ, 2018, pp. 27–36.

<sup>165</sup> Para esta idea, véase, sobre todo, ELLIS, 2002; KUYPER, 2014; SAMHAT & PAYNE, 2003. Véase también DRYZEK, 2012, p. 113, quien sostiene que las redes transnacionales “pueden contener lo que Braithwaite llama ‘nodos de contestación’, con un espacio para el activismo de la sociedad civil”.

<sup>166</sup> Sobre este desafío, véase FRASER, 2010, pp. 76–99, y véase al propio Habermas: HABERMAS, 2001, pp. 109–112.

<sup>167</sup> HABERMAS, 1996, p. 306.

<sup>168</sup> En todo caso, “la esfera pública global” es un concepto que surge a partir de la combinación de múltiples esferas públicas funcionales. “Si conceptualizamos la esfera pública como una red comunicativa en la que diferentes públicos (nacionales y sectoriales) se superponen parcialmente”, sostienen Nanz y Steffek, “las características emergentes de los regímenes de gobernanza global pueden ofrecer la chance de crear nuevas comunidades transnacionales de acción política. (...) Al fomentar la deliberación extendido entre los actores sobre la naturaleza de los problemas y la mejor manera de resolverlos, las arenas participatorias producen un conjunto de argumentos (transnacionales) compartidos que contribuyen a la emergencia de

La estructura resultante, entonces, es algo así como lo que Anne Peters llama una “red constitucional”<sup>169</sup>, en la que “no se propone la creación de un gobierno global, centralizado, sino la constitucionalización de la gobernanza (poliárquica y multinivel) global”<sup>170</sup>. El modelo tiene, por lo tanto, un costado *constitucionalista*, dado que se reconoce la existencia de una serie de reglas y principios universalmente aplicables, como el derecho de la sociedad civil a la participación<sup>171</sup>. Estos principios, todos ellos derivados de la afirmación de la igualdad moral de todos los individuos, reconocen una serie de valores normativos comunes, y establecen una serie de pautas básicas acerca de cómo deben tomarse las decisiones públicas<sup>172</sup>. Pero, además, el modelo tiene un costado *plural*, específicamente en su aspecto institucional: el poder público no está centralizado, sino

---

una esfera pública global” (NANZ & STEFFEK, 2004, p. 322). Entonces, dada “la naturaleza funcionalmente diferenciada y muchas veces altamente técnica de la gobernanza global, no entendemos la esfera pública transnacional como un ámbito distinto y dominante de deliberación pública amplia a nivel global. En cambio, nuestra visión de la esfera pública corresponde al modelo funcional de toma de decisiones y de participación funcional en los foros deliberativos de gobernanza” (NANZ & STEFFEK, 2004, p. 315). Samhat y Payne se pronuncian en sentido similar: “Aunque a veces se lo considere un espacio abstracto, la esfera pública puede ser institucionalizada en la forma del régimen internacional, que tiene como característica pprocesos dialógicos destinados a establecer normas, reglas y principios compartidos para gobernar un área específica de la política mundial. Tal régimen es potencialmente una comunidad política viable dentro de la cual sus miembros se expresan conjuntamente y defienden principios más elevados” (SAMHAT & PAYNE, 2003, p. 281).

<sup>169</sup> “A este entrecruzamiento lo llamo ‘red onstitucional’. El término ‘red’, que está actualmente en boga en varias disciplinas, es utilizado aquí para describir relaciones y la interacción entre las normas y sus usuarios. La imagen de una red describe gráficamente relaciones en unaescala ideal entre una estructura horizontal/imprecisa/parecida a un mercado y una jerárquica/institucionalizada/parecida a un Estado. La construcción de una red constitucional transnacional, en el cual las normas relevantes no pueden ser alineadas en una jerarquía abstracta, tiene al menos una consecuencia jurídica importante: la resolución de eventuales conflictos entre el derecho internacional y el derecho constitucional nacional requiere un balance de intereses en casos concretos” (PETERS, 2006, p. 602). Véase también PETERS, 2005, p. 64.

<sup>170</sup> PETERS, 2006, p. 610. Este modelo tiene mucho en común con lo que Benedict Kingsbury llama “derecho inter-públicos” o -en escritos anteriores específicamente referidos a este tema, “un derecho público internacionalizado, relacionado con la sociedad civil internacional” (KINGSBURY, 2002a, p. 184)-, en el cual “el derecho es delineado por la naturaleza inter-pública de los varios procesos en los cuales los Estados y otros entes públicos se juntan para establecer reglas e instituciones” (KINGSBURY, 2009a, p. 174). Véase, también, en una misma línea BESSON, 2009; BESSON & MARTÍ, 2018; KINGSBURY ET AL., 2016; PETERS, 2009a. John Dryzek evita hablar de “normas constitucionales”, pero se refiere a la necesidad de un “meta-consenso” (DRYZEK, 2010, p. 191).

<sup>171</sup> Véase, al respecto, WHEATLEY, 2011, p. 544.

<sup>172</sup> Anne Peters explica que “[l]a premisa básica de la escuela constitucionalista es que la comunidad internacional es una comunidad jurídica. Una comunidad jurídica es gobernada por reglas y principios, no (solo) por poder. Las normas más fundamentales pueden representar un constitucionalismo global” (PETERS, 2006, p. 582). Este constitucionalismo “postula que las personas naturales son la unidad de preocupación jurídica última. Los constitucionalistas globales abandonan la idea de que los Estados soberanos son la fuente material de las normas internacionales. Por lo tanto, la fuente normativa última del derecho internacional es -desde una perspectiva constitucionalista- la humanidad, no la soberanía” (PETERS, 2009b, p. 155).

que está distribuido en unidades políticas “multinivel y multidimensionales”<sup>173</sup>. Estos diversos “*demos*”<sup>174</sup>, como vimos en el capítulo anterior, no están delimitados territorialmente, sino en función de la afectación dispar que las distintas decisiones y normas tienen sobre variados subconjuntos de individuos, y es en ellos donde se concentra la deliberación pública en torno a la creación de normas internacionales<sup>175</sup>.

En este marco, entonces, la idea de una “esfera pública global” refiere no a un único espacio deliberativo, sino más bien a una “red interconectada de arenas deliberativas”<sup>176</sup>, que se constituye a partir de una multiplicidad de esferas públicas superpuestas y desterritorializadas<sup>177</sup>. En todas estas esferas deberían interactuar, a escala “micro”, representantes (directos o indirectos) de los individuos afectados y organizaciones de la sociedad civil y, a escala “macro”, los representantes, la sociedad civil, y las propias personas afectadas. Cada una de estas esferas produciría normas de derecho internacional, que como un todo se constituirían -de abajo hacia arriba, y no solo de arriba hacia abajo<sup>178</sup>- como un sistema jurídico internacional.

---

<sup>173</sup> BESSON & MARTÍ, 2018, p. 26.

<sup>174</sup> Sobre la noción de “*demos*”, véase BESSON, 2009; BESSON & MARTÍ, 2018; BOHMAN, 2007; FORST, 2013.

<sup>175</sup> Como vimos en el capítulo anterior, los procesos de creación de derecho internacional actuales reflejan la existencia de múltiples *demos* superpuestos, constituidos a partir de la afectación dispar que las diversas normas tienen sobre variados subconjuntos de individuos. Samantha Besson explica que “si el pluralismo jurídico implica la posibilidad de que normas jurídicas de distintos orígenes se le apliquen a la misma persona, entonces debería haber también un pluralismo de legitimación; es importante que esta persona pueda participar en los diversos procesos de creación de derecho que dan origen a esas normas, sea donde sea que estén ubicadas, y esto implica a su vez incluir a otros *demos* afectados en la deliberación de cada *demos*, sea que esta tenga lugar a nivel nacional, internacional, supranacional o transnacional” (BESSON, 2009, p. 71).

<sup>176</sup> KINGSBURY ET AL., 2016, p. 136.

<sup>177</sup> “Lo que es específico de la democracia global es que ocurre al mismo tiempo en muchos niveles distintos de gobernanza territorial: nacional, internacional, supranacional y transnacional. Estas diferentes capas constituyen una red de agencias y órganos nacionales, transnacionales e internacionales que corresponden, cruzan o agrupan distintas localidades delimitadas. Más aún, la *demos*-cracia desterritorializada no se trata únicamente de un esquema con varias capas, sino también de uno con múltiples centros, e imbricado a todos los niveles; no es solo sobre tomar decisiones en distintos lugares y multiplicar los foros deliberativos, sino también y más que nada acerca de tomarlos en conjunto de forma desterritorializada en todos esos lugares. Esto ocurrirá más naturalmente cuando todos estén presentes o al menos representados en foros más grandes (supranacionales, internacionales o transnacionales), pero es importante asegurar suficiente inclusión en foros nacionales, pese a la ausencia de presencia física de todos aquellos afectados” (BESSON, 2009, p. 77). En una línea similar, DRYZEK, 2000, p. 178 enfatiza que “la clave aquí es la generación de un ‘público’ en torno a un asunto compartido”.

<sup>178</sup> El proceso, como puede verse, es dual: existen normas “de arriba hacia abajo”, como los principios constitucionales de la comunidad internacional, cuyos límites pueden ser cuestionados en casos específicos, pero cuya existencia se deriva del principio de igualdad moral, pero la mayor parte de las normas son “de abajo hacia arriba”, partiendo de estos *demos* y populando el sistema jurídico internacional.

De todo este desarrollo, nuestra intérprete puede sacar algunas conclusiones importantes. Sin perjuicio de la dispersión institucional, que es una realidad ineludible del mundo globalizado actual, la legitimidad del derecho internacional dependerá de una serie de principios constitucionales, aplicables a cualquier ejercicio de poder público. Específicamente, en todos los casos, como vimos, la legitimidad democrática de cada una de las decisiones dependerá (1) de que existan representantes adecuados de los individuos -sean los Estados nacionales u otros entes, como los Estados subnacionales, o incluso representantes directos para la esfera supranacional<sup>179</sup>-, y (2) de que existan espacios de participación para la sociedad civil, entendida esta de forma dual: como un conjunto de organizaciones y asociaciones voluntarias de individuos, pero también como el conjunto mismo de personas cuya autonomía se ve afectada por el ejercicio de coerción (entendido en sentido amplio).

### **2.3. Cuatro críticas al reconocimiento de un derecho de la sociedad civil**

Frente a estos argumentos, y frente a la expansión de las posibilidades reales de participación de la sociedad civil en los procesos de creación de derecho internacional, diversos autores han esbozado un abanico de críticas, sugiriendo que la participación puede no ser tan beneficiosa o, incluso, que puede ser contraproducente. A continuación, analizaré cuatro de estas críticas. Una adicional quedará para el próximo capítulo, dada la necesidad de estudiarla más extensamente: la que sostiene que el tipo de participación democrática que prevé la teoría antes esbozada es directamente imposible, dada la ausencia de empatía o solidaridad suficiente entre las y los ciudadanos del mundo. Pero veamos, primero, las otras cuatro críticas.

#### **2.3.1. Las organizaciones de la sociedad civil no son representativas de quienes pretenden representar**

Un primer argumento, bastante habitual entre las y los críticos de la participación de la sociedad civil, es que estas organizaciones pretenden ser representativas de diversos

---

<sup>179</sup> Besson y Martí explican que los individuos pueden ser representados por “otras formas de organización política, distintas de los Estados”, siempre que respondan al principio de autogobierno soberano. “Existe en realidad una pluralidad de actores, además de los gobiernos, que representan y deberían representar a las personas a nivel nacional, y esto también aplica y debería aplicar a su representación en las relaciones internacionales y en la creación de derecho internacional. Algunos son infra-nacionales, como los cantones, las regiones, o las ciudades, y otros son supranacionales, como organizaciones internacionales evolucionadas, o parecidas a los Estados” (BESSON & MARTÍ, 2018, pp. 27–28).



sectores de la sociedad, pero que en realidad no representan a nadie<sup>180</sup>. Se trata, más bien, de organizaciones de elite, que se caracterizan por un saber técnico que, por su propia naturaleza, las aísla de aquellas voces que pretenden acercar<sup>181</sup>. En palabras de David Rieff:

“[La participación de la sociedad civil presenta] un problema en términos de democracia. Los líderes de asociaciones, grupos de presión y ONGs -a diferencia de los políticos en las democracias- no rinden cuentas a nadie excepto a sus miembros, y a aquellos que los financian. Esto puede parecer una cuestión menor para los adherentes de una causa en particular. ¿Importa que Jody Williams nunca haya sido elegida para liderar la campaña contra las minas antipersonales? Quizás no. Pero los defensores de la sociedad civil están sosteniendo que esta provee una mejor alternativa, o al menos una voz adicional importante, a aquella de los gobiernos y los parlamentos, no solamente en un único asunto, sino en todas las preguntas importantes de nuestro tiempo. Y los líderes de estos grupos, a diferencia de los políticos, no tienen que hacer campaña, tener un cargo, permitir que el público vea cuánto pagan de impuestos, o presentarse para una reelección. Es, en efecto, el nuevo medievalismo, con los líderes de las ONGs como señores feudales”<sup>182</sup>.

El problema, según Kenneth Anderson, es que el esquema resultante es uno en el cual unos pocos se arrogan el derecho de hablar en nombre de muchos:

“Las ONGs internacionales, colectivamente, no son un conducto desde ‘el pueblo’ o ‘las masas’ o ‘la ciudadanía global’ ‘desde abajo’. Son, más bien, un vehículo para que las elites internacionales hablen con otras elites acerca de las cosas -frecuentemente de indudable importancia- que les importan a las elites. La conversación no es vertical, es horizontal. Tiene una función valiosa, esencial en hacer del mundo -a veces, al menos- un lugar mejor, pero no reducen el déficit democrático”<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> “Estos guardianes no electos del bien común global, dicen los críticos, pretenden hablar en nombre del mundo, pero en realidad solo hablan por sí mismos” (FLORINI, 2004, p. 75). Uno de estos críticos, Laurence Jarvik, afirma que “pese a la retórica de democratización, las ONG son por definición organizaciones antidemocráticas y no representativas, dado que no son elegidas ni pagadas por la población de los países en que operan. Están, por lo tanto, aisladas tanto de los mecanismos de control electorales como del mercado” (JARVIK, 2007, p. 220). Para más críticas de este tipo, véase, por ejemplo, ANDERSON, 2000, 2001; ANDERSON & RIEFF, 2005, p. 5; BOLTON, 2000; HEINS, 2005, p. 165; PALLAS, 2010; RIEFF, 1999; TOMUSCHAT, 1999, p. 155. Para una revisión de algunos de estos argumentos, véase COLLINGWOOD & LOGISTER, 2005.

<sup>181</sup> “No hay nada romántico o ‘de base’ en esta sociedad civil global que entra y sale de organizaciones y comisiones internacionales. Es una elite transnacional de individuos altamente capacitados, hablando con otros expertos en el lenguaje de la ciencia, la economía y el derecho” (STEFFEK, 2018, p. 448). Véase, para este argumento, por ejemplo, ANDERSON, 2000, 2001, 2009; HEINS, 2005, pp. 164–165; MARXSEN, 2015, p. 759.

<sup>182</sup> RIEFF, 1999

<sup>183</sup> ANDERSON, 2000, p. 118

Además de estos puntos generales, la crítica apunta, muchas veces, al desbalance que existe en la participación en estos procesos entre las organizaciones del Norte global y las del Sur global<sup>184</sup>. Un estudio de Tanja Brühl muestra que solo un tercio de las ONG con estatus consultivo ante Naciones Unidas pertenecen al Sur global<sup>185</sup> y que, de todos modos, muchas de ellas representan a sectores minoritarios dentro de esas regiones, y no a la mayoría de la población<sup>186</sup>. Las voces de las grandes mayorías del mundo, entonces, permanecen excluidas de los procesos de creación de derecho internacional, pese a la participación de la sociedad civil.

Creo que la primera reacción frente a estas críticas debe estar orientada a realizar una distinción entre el *ser* y el *deber ser* de la participación de la sociedad civil, en una línea ya apuntada en capítulos anteriores<sup>187</sup>. Sería necio negar que muchos de estos problemas existen, y que constituyen una amenaza seria a la posibilidad de democratizar los procesos de creación de derecho internacional<sup>188</sup>. Pero que estas dificultades existan hoy no quiere decir ni que sean inevitables, ni que el reconocimiento de un derecho de la sociedad civil a participar vaya a profundizarlas. Por el contrario, parecería que la juridificación de estas prácticas espontáneas -la conversión de ciertos usos en una norma positiva de derecho internacional- puede ofrecer una oportunidad para solucionar algunos de estos problemas, particularmente en lo que refiere a las dinámicas de exclusión antes relevadas<sup>189</sup>. Dado que el principio en que se apoya el derecho a la participación es uno inclusivo, la

---

<sup>184</sup> Véase, por ejemplo, BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 60; BRÜHL, 2010; CHRISTIANO, 2011b, pp. 93–94; STEFFEK & HAHN, 2010, p. 3; UHLIN, 2010, p. 24.

<sup>185</sup> “En 2007, el 66 por ciento de las ONGs acreditadas provenían de Europa y Norteamérica. La situación ha mejorado, de todos modos, en términos de representación: en 1996, el 79 por ciento de las ONGs estaban basadas en estas dos regiones” (BRÜHL, 2010, p. 190).

<sup>186</sup> BRÜHL, 2010, pp. 192–194. Las ONGs del sur, sostiene Brühl, “son el product de una historia colonial; representan a la elite del sur más que al pueblo del sur. De acuerdo con Gayatri Chakravoty Spivak, las ONGs del sur global son ‘el antiguo sujeto colonial transformado en la nueva clase media urbana radical nacional’. Por lo tanto, las ONGs del sur están desconectadas con los pobres rurales – la mayoría del pueblo. Solo las elites urbanas son capaces de ‘entender y presentar un problema de forma inteligible y persuasiva para el gusto del Norte, en sí una prueba de una suerte de discontinuidad epistémica con los pobres rurales, poco educados’. Para darles a los pobres rurales una voz, deberían deshacerse siglos de opresión y falta de educación” (BRÜHL, 2010, p. 193).

<sup>187</sup> Véanse, especialmente, las consideraciones vertidas en la introducción de esta tesis, y en el capítulo 5, sobre los límites de la regulación actualmente existente. Algunas de estas reflexiones serán retomadas, luego, en el capítulo 10, que concluye este trabajo.

<sup>188</sup> Véase STEFFEK, 2018, pp. 448–449.

<sup>189</sup> Como sostiene Benedict Kingsbury, “para poder abordar satisfactoriamente estos déficits de rendición de cuentas, mandato, representación y participación de estos grupos, es necesario el desarrollo de un constitucionalismo internacional más profundo” (KINGSBURY, 2002a, p. 183).

reglamentación de la práctica deberá ser acorde, y los desbalances (geográficos, de clase, de género, etcétera) deberán ser enfrentados a través de las herramientas que el derecho internacional provee - y, diría, además, quizás de forma más efectiva, gracias a que el propio derecho internacional así lo exige<sup>190</sup>.

Más allá de este punto, agregaría dos comentarios adicionales. En primer lugar, es importante aclarar que, según la teoría desarrollada en este capítulo, las organizaciones de la sociedad civil no son *representantes* de la ciudadanía, sino que son, ellas mismas, agrupaciones de ciudadanas y ciudadanos que aprovechan espacios de *participación* para hacer oír sus voces respecto de los temas que les competen e interesan<sup>191</sup>. La representación de la ciudadanía corre por otro carril, que puede ser ocupado por los Estados, por instituciones elegidas directamente para la esfera global, o -lo que probablemente sea mejor- por una combinación de ambos<sup>192</sup>. En todo caso, lo que las organizaciones de la sociedad civil pueden “representar”, como afirma Margaret Keck, son “posiciones más que poblaciones, e ideas más que comunidades políticas”<sup>193</sup>. John Dryzek coincide con Keck en esta “representación discursiva”<sup>194</sup>, y afirma que esta vuelve más democráticos los procedimientos porque “las instituciones internacionales de

---

<sup>190</sup> La ausencia de procesos discriminatorios por razones de “raza, sexo, idioma o religión” (Carta de las Naciones Unidas, artículo 1.3) o de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (PIDCyP, artículo 2.1) es uno de los principios cardinales del derecho internacional contemporáneo. Al ser una de las obligaciones emanadas de la Carta, además, (por el artículo 1.3, pero también por los artículos 55 y 56) tiene una jerarquía superior a las demás normas, que deben ajustarse a este principio: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta” (Carta de las Naciones Unidas, artículo 103).

<sup>191</sup> Véase, entre otros, BEJERMAN, 2018; CHARNOVITZ, 2006a; DRYZEK, 2010, Capítulo 9; KECK, 2004; MARXSEN, 2015; PERUZZOTTI, 2006, 2010; STEFFEK & HAHN, 2010, p. 19.

<sup>192</sup> Esta tesis, como espero que haya quedado claro a esta altura, no estudia este otro carril (representativo) de la democracia global, excepto en cuanto este es necesario para comprender las exigencias y realidades de la participación de la sociedad civil. Mi postura en esta tesis es agnóstica respecto a las mejores modalidades de representación de los intereses, opiniones y voluntades de los individuos en la esfera global. Lo único que sí afirmo es que (i) es necesario mejorar los procesos actuales, que son claramente deficientes (véase la sección II.1.1 de este capítulo), y (ii) que la representación debe estar acompañada por espacios directamente participativos.

<sup>193</sup> KECK, 2004, p. 45. Steve Charnovitz explica que “como mucho, una ONG puede representar un cierto pensamiento político o un cierto punto de vista. Pero la calidad de esta representación no justifica en sí el rol de las ONGs en influenciar las decisiones de los gobiernos. La representación del público a través de elecciones es distinta de la naturaleza de representar ideas e intereses a través de una ONG. El término clave ‘representar’ puede tener una tarea doble, pero representar ideas es distinto de representar votantes” (CHARNOVITZ, 2006a, p. 36). Véase también, al respecto, UHLIN, 2010, p. 25.

<sup>194</sup> DRYZEK, 2010, pp. 192–193; KECK, 2004, p. 45. Sobre esta idea, véase, además, DRYZEK & NIEMEYER, 2008.

gobernanza a las que apuntan ahora tienen que justificar sus actividades a la luz de una variedad de discursos, mientras que antes sentían o bien que no hacía falta justificarlos, o bien lo hacían en términos administrativos o económicos muy estrechos”<sup>195</sup>. Lo que vuelve relevante a la sociedad civil, en suma, es una noción robusta de democracia, que va mucho más allá de la representación electoral. Como explica con claridad Steve Charnovitz:

“El valor que aportan las ONGs no es el de ser mejores representantes de la opinión pública que los funcionarios electos, o el de suplementar la representación geográfica que se logra a través de elecciones con una representación pluralista, de grupos de interés. Esas afirmaciones no estarían justificadas, y no son compatibles con la teoría democrática contemporánea. La verdadera contribución de las ONGs es que buscan informar e influenciar las posiciones de los votantes, de los funcionarios electos, y de los burócratas. Esa función de las ONGs -de comunicar información y valores- se ajusta cómodamente a la teoría de la democracia, porque la democracia va mucho más allá del ‘espasmódico voto mayoritario’”<sup>196</sup>.

En segundo lugar, quiero cuestionar la idea -sugerida por algunos de estos críticos- de que todas las organizaciones de la sociedad civil tienen estructuras elitistas o tecnocráticas, y de que todas ellas operan completamente desconectadas de la realidad de la mayor parte de la población mundial, sin rendir cuentas a nadie. Si bien es cierto que hay preocupantes desbalances geográficos, de clase y de género entre las organizaciones que actualmente participan en los procesos de creación de derecho internacional, lo cierto es que el panorama es un poco más alentador de lo que se suele afirmar<sup>197</sup>. En un estudio de 2010, Martina Piewitt, Meike Rodekamp y Jens Steffek analizan los procesos de rendición de cuentas de 60 organizaciones de la sociedad civil activas en diversos foros de creación de derecho internacional, y concluyen que “el argumento general de que las organizaciones transnacionales de la sociedad civil no rinden cuentas está

---

<sup>195</sup> DRYZEK, 2010, p. 193

<sup>196</sup> CHARNOVITZ, 2006a, p. 37

<sup>197</sup> John Dryzek sostiene que la acusación de falta de representatividad de las organizaciones de la sociedad civil “está sobredimensionada. Para empezar, existen diversos mecanismos de rendición de cuentas que contralan a los líderes de las organizaciones, aunque estos mecanismos involucran a miembros, contribuyentes, gobiernos y otras organizaciones y activistas, más que a las personas comunes (...). La rendición de cuentas en red, o de pares, está institucionalizada en asociaciones a través de las cuales las propias ONGs monitorean sus acciones” (DRYZEK, 2010, p. 107).

sobredimensionado”<sup>198</sup>; por el contrario, afirman que “la mayor parte de las organizaciones son razonablemente transparentes y ofrecen oportunidades de participación al menos para sus miembros”<sup>199</sup>.

Sea cual sea el caso, parecería que algunas de las deficiencias en términos de diversidad de las organizaciones en la escala “micro” de la deliberación pública formal<sup>200</sup> pueden ser compensadas (al menos parcialmente) con una influencia aun mayor de la deliberación a escala “macro”, en la que la participación es más inclusiva, casi por definición<sup>201</sup>. Aunque, como señala Steffek, incluso en esta esfera informal y descentralizada, la deliberación pública global es bastante exclusiva:

“las personas sin acceso a internet, analfabetas, o que no manejan algún idioma importante en la conversación internacional probablemente no podrán participar en algo así como un debate público global. Las desigualdades en la distribución de recursos críticos que los críticos de la democracia deliberativa denunciaron con respecto a la deliberación a pequeña escala en las democracias occidentales se ven acentuadas en perspectiva global. El sesgo de elite parecería seguir siendo un desafío mayúsculo incluso para teorías ‘macro’ de la deliberación global”<sup>202</sup>.

El punto se asemeja a la “paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa”, tempranamente identificada por Carlos Nino: la democracia no es posible sin que todas y todos tengan ciertos recursos, pero es imposible (e injusto) esperar a que todos tengan esos recursos para establecer una democracia<sup>203</sup>. En este caso, la democracia global sería imposible sin ciudadanas y ciudadanos mínimamente formados, y con capacidad y tiempo para participar en los procesos deliberativos; pero, por otro lado, esos procesos democráticos son los que les ofrecen mejores perspectivas para salir de la situación en la que se encuentran. El problema es que, precisamente, se trata de una

---

<sup>198</sup> PIEWITT, RODEKAMP, & STEFFEK, 2010, p. 255.

<sup>199</sup> PIEWITT ET AL., 2010, p. 237.

<sup>200</sup> Sobre esta distinción entre escala “micro” y “macro”, recuérdese, HENDRIKS, 2006, p. 499.

<sup>201</sup> El punto clave, entonces, como sostiene Steffek, es encontrar los puntos de “enlace” apropiados entre estas dos esferas, para aprovechar el potencial inclusivo de “las disputas discursivas que se dan en las esferas públicas descentralizadas, que están abiertas a muchos más interlocutores, y que pueden absorber más fácilmente argumentos formulados por personas legas” (STEFFEK, 2018, pp. 448–449).

<sup>202</sup> STEFFEK, 2018, pp. 448–449.

<sup>203</sup> NINO, 1996, pp. 192–193. Sobre la identificación de la paradoja por parte de Nino, véase BOHMAN, 1998, pp. 403–404; MARTÍ, 2008b, p. 308.

paradoja y, por lo tanto, como dice José Luis Martí, de un “callejón sin salida”<sup>204</sup>. La única solución consiste en intentar buscar un punto de equilibrio, y el único mecanismo válido para encontrar ese equilibrio de acuerdo con esta teoría es, lógicamente, el propio procedimiento democrático deliberativo<sup>205</sup>.

### 2.3.2. El derecho a la participación abre las puertas a mayor influencia de grupos de interés

Una segunda crítica habitual al modelo participativo es la que afirma que las verdaderas ganadoras de un esquema de este tipo serían ciertas minorías poderosas, como empresas o grupos de interés, que verían legitimado su poder real de influencia sobre los procesos de creación de derecho internacional<sup>206</sup>. Varios autores recuerdan que dentro de la categoría de “organizaciones de la sociedad civil” entran actores muy variados, y alertan acerca del peligro que implica sentar a la mesa a organizaciones como la Iglesia Católica<sup>207</sup>, o la Asociación Nacional del Rifle Estadounidense<sup>208</sup>. Dado que estos grupos suelen contar con más recursos que otros actores del sistema internacional, además, es de esperar que sean ellos, y no los excluidos del mundo, quienes atraviesen más frecuentemente las puertas abiertas por el derecho a la participación.

Mi respuesta a este argumento es sencilla y breve: estos grupos poderosos ya son tenidos en cuenta, de hecho, en los procesos de creación de derecho internacional,

---

<sup>204</sup> MARTÍ, 2008b.

<sup>205</sup> MARTÍ, 2008b, pp. 319–320.

<sup>206</sup> Véase, por ejemplo, ANDERSON, 2001, 2009; ANDERSON & RIEFF, 2005; CHRISTIANO, 2011b, pp. 93–94; RIEFF, 1999.

<sup>207</sup> En otro trabajo estudié el rol que creo que les corresponde a las organizaciones religiosas en la esfera pública global y en los procedimientos de creación de derecho internacional. A partir de la consideración de las teorías de John Rawls y Jürgen Habermas sobre el tema, a nivel nacional (véase HABERMAS, 2006; RAWLS, 1993, pp. 223–227), sostuve que estas organizaciones deben tener derecho a participar pero que, “[s]ea que se adopte una postura rawlsiana o una habermasiana, en ningún caso debería ser admisible que los participantes en conferencias como la que tuvo lugar en Roma en 1998 puedan apelar a argumentos religiosos para justificar la adopción de ciertas normas internacionales. En todo caso, un habermasiano admitiría que las ONGs puedan expresar sus preocupaciones espirituales en esos términos en el plano informal, a través de comunicados o apelaciones en los medios, pero de ningún modo podrían utilizar este tipo de argumentos en las salas de reunión o los pasillos de la conferencia. De lo contrario, se estaría vulnerando el debate público global y, aún peor, se les estaría imponiendo a los ciudadanos del mundo normas de un modo completamente ilegítimo, basado en razones que jamás aceptarían. Por lo tanto, las reglas de participación en conferencias como la de Roma deberían establecer que los distintos actores pueden apelar a cualquier tipo de razón pública en sus argumentos, pero no a doctrinas comprensivas y argumentos religiosos. Los moderadores deberían hacer uso de sus facultades para frenar a todos aquellos que infringieran estas normas, garantizando que las decisiones que se tomen sean resultado de un verdadero debate de argumentos, y no en un mero intercambio de proclamas imposibles de compartir por todos los ciudadanos del mundo” (MAISLEY, 2018).

<sup>208</sup> Véase, por ejemplo, CAROTHERS & BARNDT, 1999, p. 21; RIEFF, 1999.

simplemente porque tienen los recursos y conexiones necesarias para ese propósito<sup>209</sup>. Aun cuando no existan mecanismos formales de participación, estos grupos logran influenciar la discusión y hacer oír su voz -frecuentemente, en un tono precavido, con interlocutores cuidadosamente seleccionados- de forma decisiva en la deliberación. No hay nada que temer, entonces, respecto de su influencia. Por el contrario, garantizar un derecho a la participación solo significaría balancear el campo de juego para otras voces, que tienen más dificultades en hacerse oír. La lógica de esta idea es similar a la de las leyes que regulan el cabildeo o *lobby* a nivel nacional: es imposible que algunos hagan oír su voz, entonces lo mejor es que puedan hacerlo todos, y del modo más transparente posible.

### 2.3.3. ¿Quiénes son, específicamente, los que pueden participar?

Una tercera crítica al modelo participativo es la que sostiene que el esquema institucional definido es algo vago, y que no queda realmente claro quiénes son, específicamente, los que pueden sentarse a la mesa<sup>210</sup>:

“Mi principal problema con la participación de la sociedad civil”, dice Volker Heins, “es que parece estar basado en una operación que llamo ‘estiramiento conceptual’. Esta operación procede extendiendo el significado del concepto histórico de sociedad civil y aplicándolo a circunstancias muy distintas de aquellas que dieron origen al concepto original, y oscureciendo al mismo tiempo estas diferencias. Al estirar la noción liberal clásica de sociedad civil para incluir a constelaciones completamente diferentes de actores políticos, el nuevo concepto mistifica la realidad de las relaciones cívicas transnacionales”<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> Para, por ejemplo, un relato de cómo la industria farmacéutica y la industria audiovisual hicieron oír su voz significativamente en la negociación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS), sin que existieran procedimientos formales que les otorgaran derechos de participación, véase LAVOPA, 2009.

<sup>210</sup> “Uno de los primeros problemas conceptuales del modelo dualista”, sostienen Samantha Besson y José Luis Martí, es una persistente falta de definición respecto de qué tipos de actores específicos pueden ser descriptos como actores de la sociedad civil, al menos para los propósitos de la teoría de la democracia (...) ¿Deberíamos incluir entre estos actores de la sociedad civil organizaciones como sindicatos, iglesias, universidades, asociaciones secundarias (tales como redes de asociaciones civiles nacionales)? (...) ¿Deberíamos incluir empresas y otros agentes económicos, que de hecho sin dudas juegan un rol crecientemente importante en la creación de derecho internacional? Es una cosa permitir que ONGs de interés público tengan una voz en la creación de derecho, pero otra cosa recibir a todo tipo de lobistas (...)” (BESSON & MARTÍ, 2018, p. 21).

<sup>211</sup> HEINS, 2005, p. 160. Para argumentos similares, véase ANDERSON, 2000; ANDERSON & RIEFF, 2005.

Una versión alternativa de este argumento es la de Benedict Kingsbury, quien no está tan preocupado por el término “sociedad civil”, sino más bien por la arquitectura institucional que permitirá determinar quién puede participar y quién no:

“[L]a sociedad civil internacional no cuenta con principios acordados para distribuir las posibilidades de participar en instituciones en las cuales las posibilidades totales de participación están inescapablemente limitadas por la necesidad de lograr las tareas de la institución. Con cientos de grupos reclamando participar en decisiones sobre un cierto tema, y recursos limitados de tiempo y espacio, la participación en las instituciones internacionales debe ser controlada y repartida. Los principios implícitos [del modelo] dicen poco acerca de qué grupos no estatales deberían tener un asiento en la mesa, en qué términos, y con qué precondiciones”<sup>212</sup>.

Este es, sin dudas, un desafío importante – uno que la teoría de la democracia deliberativa global comparte con la nacional. La respuesta que adelanté en capítulos anteriores tiene dos partes<sup>213</sup>. En primer lugar, es importante que sea cual sea el mecanismo que se adopte para determinar a qué organizaciones específicas se les otorga la posibilidad de acceder a los espacios “micro” de deliberación pública formal, este esté basado en principios, y que no sea discrecional o arbitrario<sup>214</sup>. Los desafíos prácticos impuestos por la ausencia de tiempo y espacio son inevitables, como dice Kingsbury, y por lo tanto la única solución es imponer reglas previas claras y justas, que garanticen que se escuche la mayor cantidad de voces posibles.

En segundo lugar, en tanto, hay que reconocer que la cuestión de qué voces, específicamente, son las que deben oírse, tiene una “dimensión política”<sup>215</sup>, como explica Nancy Fraser y, por lo tanto, debe ser debatida por los propios participantes en la esfera

---

<sup>212</sup> KINGSBURY, 2002a, pp. 186–187

<sup>213</sup> Véanse las discusiones de los capítulos 4 y 5 sobre este punto.

<sup>214</sup> Esta idea es central en la aproximación “constitucionalista” que propongo en este capítulo. Véase, generalmente, PETERS, 2005, 2006, 2009a, 2009c, 2012.

<sup>215</sup> “[L]a dimensión epistémica no agota la naturaleza de las disputas acerca del ‘quién’. Desde la perspectiva crítica-democrática, estas disputas tienen también una dimensión política. Cargados de controversia en múltiples niveles, los argumentos implican los compromisos evaluativos e interpretativos de aquellos que disputan. Lejos de ocultar este aspecto político apelando a la ciencia, esta aproximación propone sacar la disputa a la luz, alentando a los interlocutores a revelar públicamente, y a disputar francamente, los intereses y compromisos de valores detrás de sus argumentos (...). El objetivo, en otras palabras, es hacer de una necesidad una virtud. Reconociendo su aspecto irreductiblemente político, esta aproximación intenta democratizar tanto como sea posible los argumentos acerca del ‘quién’” (FRASER, 2010, p. 42).



pública “macro”<sup>216</sup>. Vale la pena recordar aquí, entonces,<sup>5</sup> que el concepto de sociedad civil no es uno monolítico, unívoco, sino que es más bien un campo de disputa, un espacio abierto para que los distintos individuos y grupos de individuos que tengan interés en los asuntos públicos puedan presentar sus argumentos e intentar convencer a los demás de que se sumen a sus posiciones<sup>217</sup>. De lo que se trata, en suma, es de sacar a la luz esas disputas, y de estructurarlas en torno a criterios procedimentales razonables establecidos de antemano, para que los pocos espacios disponibles sean distribuidos siguiendo “la coacción sin coacciones del mejor argumento”<sup>218</sup>.

#### 2.3.4. El derecho a la participación de un colectivo como “la sociedad civil” es problemático desde el individualismo normativo

Una última crítica posible es la que sostiene que otorgarle un derecho a un colectivo, como “las organizaciones” o “la sociedad civil” nos devuelve al tipo de aproximaciones colectivistas que critiqué en el capítulo anterior, como la que caracteriza a la teoría clásica del derecho internacional. Así, por ejemplo, John Bolton, afamado diplomático y académico neoconservador estadounidense, define al modelo que les da voz a las organizaciones de la sociedad civil como “corporativista”<sup>219</sup>, y provoca sosteniendo que “Mussolini sonreiría en el Foro de la Sociedad Civil”<sup>220</sup>.

Afortunadamente, no obstante, la teoría en materia de derechos de grupos está lo suficientemente desarrollada como para reconciliar la idea de derechos colectivos con una

---

<sup>216</sup> “No debe esperarse que ‘el público’ sea una unidad que hable con una única voz”, dice Rainer Forst. “En cambio, esta es frecuentemente una esfera de disputa entre diferentes públicos involucrados en una lucha para influenciar la opinión pública y los procesos políticos de toma de decisiones o, para ponerlo de otro modo, para cambiar el lenguaje político. Son especialmente importantes en este sentido las críticas que muestran cómo el discurso político dominante excluye y distorsiona las perspectivas y argumentos de ciertos grupos. El discurso público juega entonces un rol importante en exponer y criticar las relaciones sociales de poder” (FORST, 2001, p. 369). James Bohman se pronuncia en un sentido similar: “La sociedad civil no es un campo de juego parejo, sino un espacio de asimetrías y disputas. El aspecto relevante de la diversidad que es necesaria para mejorar el proceso de deliberación no es el conjunto de razones sino la disponibilidad de las perspectivas que informan estas razones y que les dan su contundencia. Las perspectivas son sociales, en la medida en que son posiciones prácticas respecto del mundo social que están informadas por las experiencias que tienen los agentes, frecuentemente en común con otros y en su situación particular” (BOHMAN, 2010, p. 438).

<sup>217</sup> Como sostuve en el primer capítulo, no existirá nunca una voluntad o posición única “de la sociedad civil”, porque la sociedad civil es, en sí, “un significante de la pluralidad” (KEANE, 2010, p. 463). Véase también, sobre la sociedad civil como un espacio “plural”, J. L. COHEN & ARATO, 1994, p. 346; HABERMAS, 1996, p. 368.

<sup>218</sup> HABERMAS, 1996, p. 306.

<sup>219</sup> BOLTON, 2000, p. 218.

<sup>220</sup> BOLTON, 2000, p. 218. Para una respuesta, véase CHARNOVITZ, 2006a, p. 25

teoría basada en el individualismo. Peter Jones explica que existen dos aproximaciones a la cuestión de los derechos grupales<sup>221</sup>. La primera es lo que él denomina una *concepción corporativista*, de acuerdo con la cual “podemos pensar en que un grupo tiene derechos de la misma forma inmediata e irreductible que aquella en la que una persona individual tiene derechos”<sup>222</sup>. El problema con esta concepción, como sostuve en capítulos anteriores, es que asume que los grupos tienen una conciencia autónoma, pero esta no existe: es imposible identificar la voluntad colectiva del grupo sin referencia a las voluntades individuales de aquellos que la componen<sup>223</sup>. La segunda concepción, que creo más apropiada, es la que Jones llama *concepción colectiva*. De acuerdo con los autores que adoptan esta posición, los derechos de los grupos no se basan en los intereses de una entidad colectiva abstracta, sino en aquellos de los propios individuos que los componen<sup>224</sup>. La idea es que, en ciertas ocasiones, la mejor forma de proteger los derechos de los individuos es a través del reconocimiento de derechos colectivos<sup>225</sup>. Charles Beitz explica esta idea con gran claridad:

“[E]s importante ver que un valor puede tener una dimensión colectiva sin dejar de ser individualista. El valor de la libre determinación, por ejemplo, tiene una dimensión colectiva, porque no puede explicarse su importancia para los individuos que lo disfrutan (o desean disfrutarlo) sin hacer referencia a su membresía a un grupo, pero es aun así un valor individual: es un valor para los individuos que lo disfrutan”<sup>226</sup>.

Como sostuve en el capítulo 4, creo que esto es exactamente lo que ocurre en el caso del derecho de la sociedad civil a participar en el proceso de creación de derecho internacional: el interés participativo que se busca preservar es, en última instancia, el de los individuos, pero como sería imposible que cada individuo participe separadamente, el derecho se pone en cabeza de asociaciones voluntarias a través de las cuales este puede acceder a estas esferas. El modelo no es “corporativista”, entonces, como sostiene Bolton,

---

<sup>221</sup> Véase JONES, 1999.

<sup>222</sup> JONES, 1999, p. 362. Así, por ejemplo, “una nación será concebida como una entidad con una identidad y una vida propia y distinta, que los demás deben respetar” (JONES, 1999, p. 363).

<sup>223</sup> Véase, por ejemplo, JONES, 1999, p. 366; NINO, 1989, p. 254, 2013, pp. 119–124; POGGE, 2004, p. 1774.

<sup>224</sup> Véase, por ejemplo, BEITZ, 2009, p. 113; BENHABIB, 2012; FABRE, 2014, pp. 89–90; KYMLICKA, 2002, pp. 338–343; MARGALIT & RAZ, 1990; PETER, 2013; POST, 2000, p. 212; WALDRON, 1993, p. 360.

<sup>225</sup> Por ejemplo, desde esta perspectiva, “las naciones tienen un derecho a la libre determinación solamente porque estos derechos sirven al bienestar de los individuos” (JONES, 1999, p. 364).

<sup>226</sup> BEITZ, 2009, p. 113.

sino que se apoya, como corresponde, en el principio de igualdad moral de todos los individuos.

### **III. CONCLUSIÓN**

A lo largo de este capítulo, intenté convencer a nuestra intérprete que el principio de autogobierno democrático le exige leer la práctica relevada en capítulos anteriores a la luz de un ideal en el cual la participación de la sociedad civil ocupa un rol central. Para ello, primero, presenté un argumento general acerca de por qué la representación política no es valiosa en sí misma, sino en todo caso un mal necesario. Luego, en la segunda mitad del capítulo, reconociendo los obstáculos propios de la esfera global de toma de decisiones, delineé un modelo ideal de democracia global que combina elementos *representativos* (para poder saltar esos escollos prácticos – el “mal necesario”), y elementos *participativos*, con espacios para que la sociedad civil pueda hacer oír su voz e influenciar los procesos de creación de derecho internacional. En el ínterin, fui respondiendo a diversas críticas provenientes de diversos flancos: de quienes creen que la representación es valiosa, de quienes creen que un modelo intergubernamental es más adecuado para la toma de decisiones globales, y de quienes creen que hay problemas serios en permitir la participación de la sociedad civil en estos procesos. Lo que queda pendiente, como adelanté al comienzo de la última sección, es responder a quienes creen que este modelo puede ser deseable, pero que es fácticamente imposible, y que por lo tanto no tiene sentido discutirlo. El próximo capítulo estará dedicado a considerar este argumento.



## **CAPÍTULO 9: SOLIDARIDAD Y TEMOR: LOS FUNDAMENTOS EMOCIONALES DE LA DEMOCRACIA GLOBAL**

La democracia es un sistema de toma de decisiones basado principalmente en argumentos racionales. Así lo han entendido, por ejemplo, Jürgen Habermas y John Rawls, quizás los dos teóricos políticos más importantes de nuestro tiempo. Para Habermas, la soberanía popular se expresa a través de “una estructura discursiva de formación de opiniones y voluntades que puede cumplir su función social integradora porque los ciudadanos esperan que sus resultados tengan una calidad razonable”<sup>1</sup>. Para Rawls, la legitimidad política de las decisiones de las sociedades democráticas depende de que se cumpla con el ideal de “razón pública”, es decir, que las decisiones políticas centrales sean tomadas luego de que los ciudadanos “se expliquen los unos a los otros (...) cómo los principios y las políticas por las que abogan y votan” pueden ser razonablemente aceptados por otros<sup>2</sup>. La razón está en el centro del procedimiento que hace que la decisión que se tome pueda ser considerada verdaderamente propia del conjunto de individuos que conforma la comunidad política<sup>3</sup>.

Sin perjuicio de este foco en la racionalidad, existe cada vez más consenso en cuanto a que la democracia tiene también un componente emocional significativo<sup>4</sup>. Tanto Rawls como Habermas, por ejemplo, asumen que el intercambio de razones requerido por el ideal democrático presupone “una voluntad de escuchar a los otros y un cierto grado de imparcialidad para decidir en aquellas situaciones en que razonablemente corresponda ajustar las posiciones propias”<sup>5</sup>. Si los ciudadanos no están unidos por este vínculo, en

---

<sup>1</sup> HABERMAS, 1996, p. 304.

<sup>2</sup> RAWLS, 1993, p. 217.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, además de los textos citados de Rawls y Habermas, J. COHEN, 1996, p. 99 (“la justificación del ejercicio del poder político colectivo debe proceder sobre la base de un razonamiento público libre entre iguales”); GUTMANN & THOMPSON, 2004, p. 3 (“la primera y más importante característica [de la democracia deliberativa] es su requisito de dar razones”); MARTÍ, 2006a, p. 195; NINO, 1996, pp. 117–128.

<sup>4</sup> Véase, entre otros, ABIZADEH, 2005; GARGARELLA, 1998a, pp. 261–262; HALL, 2007; KRAUSE, 2005; KYMLICKA, 2002, pp. 253–254; LENARD, 2012; MANSBRIDGE, 2006; MANSBRIDGE ET AL., 2010, p. 67; MARCUS, 2002; MARTÍ, 2006a, pp. 283–284; D. MILLER, 1995, p. 96; MORRELL, 2010; NINO, 1996, pp. 124–125; TORBISCO CASALS, 2015; VALENTINI, 2014; M. E. WARREN, 1999; WEINSTOCK, 2009.

<sup>5</sup> RAWLS, 1993, p. 217. Véase HABERMAS, 1996, p. 299 (sobre la idea de “solidaridad”) y HABERMAS, 1990, p. 202 (“sin una sensibilidad empática por parte de cada persona respecto del resto, no se puede derivar ninguna solución de la deliberación que merezca un consentimiento universal”). Véase también NINO,

gran medida afectivo, que diversos autores han llamado “solidaridad”<sup>6</sup>, “empatía”<sup>7</sup>, “confianza”<sup>8</sup>, “compasión”<sup>9</sup>, “amor”<sup>10</sup>, “cultura política”<sup>11</sup>, “identificación”<sup>12</sup>, “reciprocidad”<sup>13</sup>, “amistad cívica”<sup>14</sup> o “virtud”<sup>15</sup>, entonces no hay deliberación e intercambio de razones posible. La democracia requiere una cierta predisposición emotiva por parte de los ciudadanos que han de participar en los procesos de toma de decisiones, que les permita tomar en serio a los otros y estar abiertos a ser convencidos por las razones que estos esgrimen<sup>16</sup>.

---

1996, p. 125 (“hay formas importantes en las que las emociones asisten el progreso de un proceso genuino de argumentación. En primer lugar, nos llevan al proceso de discusión moral, y nos mueven a convencer a otros de la corrección de nuestras posiciones. Hay un elemento emocional obviamente incluido en nuestro esfuerzo de justificar nuestras acciones y actitudes a otras personas, particularmente a aquellas que puedan ser afectadas por ellas”); y MARTÍ, 2006a, p. 195 (“hoy en día ya nadie sostiene que las emociones sean incompatibles con, o mermen necesariamente la, racionalidad en la toma de decisiones, porque es cierto que determinadas emociones en determinadas circunstancias pueden al contrario contribuir y reforzar la racionalidad de la decisión”). Sobre la motivación en Rawls y Habermas, véase KRAUSE, 2005.

<sup>6</sup> ARCHIBUGI ET AL., 2012b, p. 10; GOULD, 2007; HABERMAS, 1996, p. 299; KYMLICKA, 2002, pp. 252–261.

<sup>7</sup> HABERMAS, 1990, p. 202.

<sup>8</sup> D. MILLER, 1995, pp. 96–97; TORBISCO CASALS, 2015; M. E. WARREN, 1999.

<sup>9</sup> NUSSBAUM, 2003.

<sup>10</sup> VIROLI, 1995, p. 12.

<sup>11</sup> DAHL, 1999, p. 31.

<sup>12</sup> TAYLOR, 2003, pp. 204–205

<sup>13</sup> D. MILLER, 2011, p. 9.

<sup>14</sup> WOODS, 2013.

<sup>15</sup> GALSTON, 1991; KYMLICKA, 2002, pp. 284–285.

<sup>16</sup> George E. Marcus sugiere que las emociones cumplen otro rol central en la democracia, al que no me referiré en este trabajo (véase en general, MARCUS, 2002). Haciendo referencia a trabajos de neurociencia, Marcus explica que los seres humanos operamos en nuestra vida cotidiana en base a “hábitos” que nos permiten no tener que racionalizar cada acción que realizamos, desde mover los músculos necesarios para levantarnos de la cama hasta calcular el tiempo que nos lleva ir de un lugar a otro. Solamente apelamos a la razón cuando una cierta emoción nos advierte que la situación a la que nos enfrentamos es distinta de la habitual: por ejemplo, si tenemos una parálisis que nos impide levantarnos de la cama, o si hay un corte de calle que nos obstaculiza el tránsito hasta el lugar al que íbamos. En esos casos, pensaremos más detenidamente cómo actuar. En el plano de la política, dice Marcus, sucede lo mismo. “La *ansiedad*, una emoción hasta aquí ignorada por los cientistas políticos, tiene la habilidad de invocar un espacio, tanto público como privado, en el cual la política puede tener lugar. Y, sorprendentemente, esta política emocional también es una política racional” (MARCUS, 2002, p. 148). Las emociones, entonces, tienen un rol central para aquellos que defienden una idea de la democracia basada en razones: dado que no podemos estar deliberando todo el tiempo sobre todos los asuntos, nuestro cerebro decide qué cosas le llaman la atención, y orienta sus esfuerzos a procesar de un modo racional esas situaciones. Si queremos más espacio para la deliberación racional en la política, entonces, deberemos estar atentos a las emociones que apelan a los ciudadanos a considerar asuntos que suelen procesar de modo inconsciente, de un modo racional.

Esta aceptación de la faceta emocional de la democracia tiene consecuencias significativas para la discusión de esta última parte de la tesis, acerca de la posible extensión del ideal democrático a la esfera supranacional. Si es cierto que la democracia depende de la existencia de este tipo de vínculos afectivos, entonces la discusión sobre la deseabilidad de establecer algún tipo de “democracia global” pasa a depender considerablemente de la existencia de estos vínculos a nivel transnacional. Si estos lazos no existen ni pueden existir, entonces la democracia global es imposible, y no tiene sentido discutir si es siquiera deseable.

En los últimos años, la literatura en materia de democracia global ha comenzado a hacerse eco de esta discusión acerca de la existencia de vínculos afectivos entre los ciudadanos del mundo. En gran medida, el debate replica los argumentos presentados en años anteriores en la literatura en materia de justicia distributiva global: mientras que las y los autores *cosmopolitas*<sup>17</sup> sostienen que los seres humanos son –o pueden, o deben ser– ciudadanos de una única comunidad global y por lo tanto pueden estar dispuestos a ceder parte de su riqueza para ayudar a los que menos tienen, incluso en lugares distantes<sup>18</sup>, las y los *particularistas* son escépticos o críticos respecto de la posibilidad de constituir relaciones de ciudadanía más allá de las fronteras nacionales<sup>19</sup>. El corazón de la crítica particularista a la posibilidad de una democracia global consiste en que los lazos de solidaridad que son indispensables en cualquier relación política nunca nacen por el solo hecho de compartir la condición humana, sino que requieren algún vínculo personal más

---

<sup>17</sup> O “universalistas” (véase, por ejemplo, D. MILLER, 1995, pp. 49–80).

<sup>18</sup> Véase, por ejemplo, ARCHIBUGI, 2008; BEITZ, 1979; BOHMAN, 2007; BROCK & BRIGHOUSE, 2005; DRYZEK, 2000; HELD, 1995b; KUPER, 2004; PETERS, 2009a; POGGE, 1992; SCHOLTE, 2004; SINGER, 2002; S. SLAUGHTER, 2007; WALDRON, 1999b; WHEATLEY, 2010.

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, DAHL, 1999; KYMLICKA, 2001; MACINTYRE, 1995; D. MILLER, 1995; R. MILLER, 1998; MORAVCSIK, 2004; NAGEL, 2005; PAREKH, 2003; TAYLOR, 2003; URBINATI, 2003; VIROLI, 1995; WALZER, 1987.

Específicamente en relación a las discusiones de ciudadanía democrática, estos últimos autores sostienen que las relaciones políticas entre los individuos se dan solamente dentro de sus comunidades y que, por lo tanto, el sujeto relevante para la toma de decisiones públicas en el plano global no son los individuos, sino las propias comunidades políticas. En el mejor de los casos, estos autores sostienen que la legitimidad de las decisiones en el plano supranacional es “transitiva” (cf. PETERS, 2009a): los ciudadanos deciden dentro de sus Estados, y sus Estados los representan a su vez en el plano global. Véase, por ejemplo, CHRISTIANO, 2010; DAHL, 1999; KYMLICKA, 2001; MORAVCSIK, 2004; PETTIT, 2010b. En palabras de Kymlicka: “Me parece que no hay una razón necesaria por la cual las instituciones internacionales deban ser directamente responsables ante (o accesibles para) los ciudadanos individuales. Es cierto, si las instituciones internacionales son cada vez más poderosas, entonces deben ser responsabilizadas por sus actos. Pero ¿por qué no podemos controlarlas *indirectamente*, debatiendo en el nivel nacional cómo queremos que nuestros gobiernos actúen en contextos intergubernamentales?” (KYMLICKA, 2001, p. 323).

estrecho, ya sea afectivo, territorial, étnico, cultural, o de alguna otra índole. Según ellos, por diversas razones, este vínculo no está presente a nivel global. David Miller, por ejemplo, defiende la versión más habitual del particularismo, la nacionalista: según él, “en el contexto de grandes grupos de personas, lo único que puede proveer el sentimiento de solidaridad que hace esto posible es una nacionalidad común”<sup>20</sup>.

Si esta crítica fuera acertada -es decir, si fuera imposible constituir comunidades políticas globales cuyos miembros deliberen bajo ciertas condiciones antes de tomar las decisiones relevantes- entonces la existencia de un derecho de la sociedad civil a participar en estos procesos no tendría sentido. O peor aún: sería contraproducente. Si las y los ciudadanos no tuvieran motivación alguna para sumarse a este proceso, entonces el espacio que ese derecho podría crear sería aprovechado exclusivamente por pequeños grupos de interés, que utilizarían la posibilidad de acceder a sitios de toma de decisiones para inundar la deliberación con argumentos basados no en el bien común, sino en sus intereses específicos. Al no haber un contrapeso ciudadano a estas voluntades minoritarias, el proceso de toma de decisiones no se volvería más igualitario de lo que es hoy, sino más bien todo lo contrario.

El desafío particularista, entonces, es grande. Es imperativo para las y los demócratas globales establecer una alianza con los teóricos cosmopolitas y responder adecuadamente las críticas que realizan estos autores, porque de lo contrario su agenda puede volverse contraproducente respecto de sus objetivos. A ello estará dedicado este capítulo.

El capítulo estará dividido en cuatro secciones. En la primera, (I) aceptaré la premisa del argumento de autores como David Miller y estudiaré los nexos entre este ideal de “solidaridad” y la posibilidad del desarrollo de prácticas e instituciones democráticas más allá de las fronteras de los Estados, de dos modos. Primero, (1) distinguiré cinco argumentos particularistas e intentaré presentar respuestas cosmopolitas a cada uno de ellos, tratando de probar que no hay nada que justifique que no pueda existir un cierto grado de solidaridad global suficiente para establecer procesos más democráticos de toma de decisiones a nivel supranacional. Luego, (2) presentaré dos argumentos cosmopolitas que sugieren que, en efecto, la solidaridad global y, por lo tanto, la democracia global, son posibles. En la segunda sección (II) exploraré un fundamento emotivo de la

---

<sup>20</sup> D. MILLER, 1995, p. 98.



democracia alternativo a la idea de “solidaridad” con la cual trabajan muchos particularistas. Siguiendo a Jeremy Waldron, sugeriré que la necesidad de convivir en espacios geográficamente compartidos puede generar predisposiciones emotivas suficientes para que los ciudadanos constituyan una comunidad política democrática. En este caso, no será un fundamento altruista o principista el que los impulse a vincularse con sus pares, sino más bien uno basado en el temor a la posibilidad de convivir sin reglas, y a los riesgos que ello conlleva. En la cuarta sección, por último, (III) recapitularé muy brevemente mis argumentos.

## **I. SOLIDARIDAD Y DEMOCRACIA GLOBAL**

En esta sección asumiré -como algunos cosmopolitas y, sobre todo, muchos particularistas- que un fundamento emotivo crucial de la democracia es la existencia de un vínculo positivo de “solidaridad”<sup>21</sup> o “confianza”<sup>22</sup> entre los ciudadanos. Se trata de una tesis que toma como nexo ideal las relaciones asociativas más cercanas que tienen los individuos -los amigos, la familia, etc.- y lo extiende a la comunidad política: para que la democracia funcione, sostiene este argumento, los individuos deben tener cierto aprecio, o afecto, por sus conciudadanos, por algún motivo; deben tener, por ejemplo, una cierta apreciación positiva o un acuerdo respecto de valores o principios que los impulsen a establecer con ellos ciertas relaciones propias de una comunidad.

Como dije, en esta sección asumiré la premisa de que esta “solidaridad” es necesaria para la democracia global. Con esto como punto de partida, el primer apartado intentará probar que no es imposible que exista la solidaridad necesaria para la democracia global. El segundo presentará dos argumentos afirmativos acerca del tipo de solidaridad que puede emerger.

### **1. POR QUÉ LA SOLIDARIDAD GLOBAL NO ES IMPOSIBLE: RESPUESTAS COSMOPOLITAS A CINCO DESAFÍOS PARTICULARISTAS**

En este apartado intentaré rebatir cinco argumentos particularistas que sostienen que la solidaridad global es imposible: uno relacionado con la extensión del potencial *demos*, otro basado en su heterogeneidad cultural, un tercero fundado en la ausencia de un lenguaje compartido globalmente, un cuarto relacionado con las desigualdades existentes

---

<sup>21</sup> ARCHIBUGI ET AL., 2012b, p. 10; GOULD, 2007; HABERMAS, 1996, p. 299; KYMLICKA, 2002, pp. 252–261.

<sup>22</sup> D. MILLER, 1995, pp. 96–97; TORBISCO CASALS, 2015; M. E. WARREN, 1999.

en el mundo de hoy y, finalmente, un argumento basado en la ausencia de un “otro” que permita la constitución de la comunidad política como tal. Si logro mi cometido, entonces habré logrado probar que la solidaridad global no es necesariamente imposible. Queda para el próximo apartado, entonces, probar que esta es, en efecto, posible.

### **1.1. El tamaño de una potencial comunidad política global impediría que las personas se conocieran y desarrollaran lazos de solidaridad**

El primer argumento en contra de la viabilidad de algún sistema de democracia global es que, sencillamente, se trataría de una comunidad demasiado extensa como para que los vínculos afectivos mínimos que la democracia requiere puedan existir.

La versión más clásica de este argumento, podría decirse<sup>23</sup>, es la de Jean-Jacques Rousseau, quien en “El Contrato Social” sostenía que los asuntos públicos debían resolverse en comunidades pequeñas porque “cuanto más se agranda el Estado, más disminuye la libertad”<sup>24</sup>. Lógicamente, la intensidad de las relaciones entre los ciudadanos -y con ella, la predisposición de estos para participar del debate público y constituir la “voluntad general”- es mayor cuanto más pequeña es la comunidad, y más posibilidad de intercambio hay entre ellos. En efecto, esta idea de que la democracia funciona mejor en grupos de pocas personas que en comunidades muy extensas tiene, por un lado, bastante arraigo en la teoría política contemporánea<sup>25</sup>, y parece ser, por el otro, el fundamento de una de las objeciones contemporáneas más importantes a la democracia global. Según explica, por ejemplo, Robert Dahl, la democracia requiere una “cultura política”<sup>26</sup> e incluso una “identidad común”<sup>27</sup> que es sencillamente imposible a escala global<sup>28</sup>. Para que esas características existieran, “las elites políticas y comunicacionales deberían entablar un debate y una discusión pública de las decisiones alternativas de forma tal que atraiga la atención y la emoción del público”<sup>29</sup>. Esto ya es difícil, dice Dahl, a nivel doméstico, donde los ciudadanos tienen grandes desafíos a su capacidad de

---

<sup>23</sup> Sobre esta lectura de Rousseau respecto de la democracia global, véase ARCHIBUGI ET AL., 2012b, pp. 3–4.

<sup>24</sup> ROUSSEAU, 1762, p. 199.

<sup>25</sup> DAHL, 1999, p. 22; NINO, 1996, pp. 152–153

<sup>26</sup> DAHL, 1999, p. 31

<sup>27</sup> DAHL, 1999, p. 32

<sup>28</sup> Véase también, en un sentido similar, A. D. SMITH, 1990.

<sup>29</sup> DAHL, 1999, p. 32

influnciar las decisiones públicas. “¿No deberíamos concluir, entonces, que los obstáculos serían mucho mayores en las organizaciones internacionales?”<sup>30</sup>. Para Dahl, la democracia global es casi un oxímoron porque, por simples cuestiones de escala, “las oportunidades existentes para el ciudadano ordinario de participar efectivamente en las decisiones de un gobierno global”, y con ellas, las posibilidades de crear una “cultura política” cosmopolita, “disminuyen en esta esfera hasta el punto de desvanecerse”<sup>31</sup>.

A mi entender, el problema con el planteo de Dahl no está en la premisa -es decir, en la idea de que es mejor resolver la mayor cantidad de cuestiones en comunidades pequeñas- sino en la conclusión -que por lo tanto no puede existir algo así como una democracia global-. Es obviamente cierto que la expansión del *demos*, tanto en términos geográficos como de cantidad de habitantes, presenta dificultades para la democratización de la toma de decisiones públicas. También es cierto, por lo tanto, que siempre que fuera posible, estas decisiones deberían tomarse en comunidades pequeñas<sup>32</sup>. Pero ello no implica que, cuando esto fuera imposible -en discusiones como las de cambio climático, terrorismo, o finanzas transnacionales, por ejemplo- las decisiones deban ser tomadas de modo opaco y no participativo. Por el contrario, estas decisiones deberían ser tomadas del modo más democrático posible, considerando los límites existentes. De hecho, el propio Dahl reconoce esto cuando hacia el final de su famoso artículo sugiere que “si juzgamos que ciertas necesidades humanas importantes requieren una organización internacional, aún pese a sus costos para la democracia, deberíamos entonces no solo sujetar sus aspectos no democráticos a escrutinio y crítica, sino también crear propuestas para mayor democratización e insistir en que se adopten”<sup>33</sup>. La discusión respecto de si la gobernanza global puede ser “democrática” considerando su extensión, entonces, parece reducirse a una cuestión puramente semántica, al menos desde el momento en que el propio Dahl reconoce que esta puede ser, de hecho, “más democrática” (aun cuando no llegue al límite mínimo que él desearía para un proceso de toma de decisiones públicas).

En tiempos recientes, David Miller ha presentado un argumento similar al de Dahl, aunque un poco más sofisticado desde la perspectiva de las emociones. Miller afirma que

---

<sup>30</sup> DAHL, 1999, p. 32

<sup>31</sup> DAHL, 1999, p. 22

<sup>32</sup> Véase NINO, 1996, pp. 133, 152–153, 165–171.

<sup>33</sup> DAHL, 1999, p. 34

la extensión del *demos* es determinante porque la ciudadanía democrática requiere, primero, que los ciudadanos sepan quiénes son sus conciudadanos y confíen en que estos van a actuar como tales (es decir, que van a poner sus esfuerzos para llegar a acuerdos), y segundo, que los ciudadanos “conozcan lo suficiente respecto de los otros -sobre sus creencias e intereses- como para saber qué resultados potenciales podrían posiblemente aceptar y cuáles no”<sup>34</sup>. Miller admite que esto ni siquiera ocurre completamente a nivel nacional (aunque afirma que sí hay “ciertos entendimientos compartidos” mínimos, y un “sentido de lo público” presente en la ciudadanía<sup>35</sup>), pero sostiene que esta relación de ciudadanía es directamente inexistente a nivel transnacional, porque la extensión de esta potencial comunidad implica necesariamente la ausencia de estos dos requisitos.

Una vez más, creo que tiene sentido admitir, con Miller, que las dificultades de la política transnacional para cumplir con estas pautas son en principio mayores que las de la política doméstica. Pero de allí a concluir -sobre todo comparando con lo que ocurre a nivel nacional- que es imposible constituir una ciudadanía democrática global, creo que hay un salto injustificado, por dos razones. Primero, existen ejemplos de naciones con una extensión considerable, tanto geográfica como poblacional (piénsese en Canadá, India, Estados Unidos, por nombrar algunas), que son -pese a su tamaño- comúnmente reconocidas como democráticas. Para que podamos decir que la democracia global es directamente imposible, las diferencias entre las comunidades domésticas y la global deberían ser de un tipo cualitativo y no cuantitativo, como parece ser en este caso. De lo contrario, la diferencia entre la democracia global y la democracia doméstica será equivalente a la diferencia que hay entre, por ejemplo, la democracia en Uruguay y la que hay en Estados Unidos. En segundo lugar, vivimos en un mundo en el que las identidades -y con ello, el conocimiento respecto del otro, y la confianza en su potencial predisposición al diálogo democrático- son crecientemente transversales a la nacionalidad. Hoy en día, por ejemplo, es posible que un indígena mexicano tenga mucho más en común con un indígena guatemalteco que con un empresario blanco de su mismo país. Y es posible que una mujer en la India conozca mejor -en el sentido relevante para Miller, relacionado con cierta sensación de empatía ciudadana- a una mujer brasilera que a un varón de su propia ciudad. La nacionalidad ya no es, necesariamente, un indicador

---

<sup>34</sup> D. MILLER, 2011, p. 10

<sup>35</sup> D. MILLER, 2011, p. 11

de cuánto se conocen las personas, aun cuando la extensión del *demos* siga siendo un dato relevante.

## **1.2. La heterogeneidad cultural del mundo y la ausencia de valores comunes globales impiden la solidaridad global**

Un segundo argumento, también clásico, en contra de la potencial constitución de algún tipo de ciudadanía global es el que sostiene que, a diferencia del Estado nación, en general unido por ciertos vínculos étnicos o culturales, el mundo es un lugar demasiado diverso como para que prospere la solidaridad que la ciudadanía requiere<sup>36</sup>. El problema con este argumento, por supuesto, es que existen numerosos casos de Estados multiculturales (Canadá, Bolivia, México, por citar solo algunos) con enormes diferencias en las tradiciones y formas de vida de sus ciudadanos, que pese a ello han logrado consolidar sistemas democráticos más o menos sólidos. Además, aceptar esta premisa implica aceptar una relación estrecha entre una cierta noción del “bien común” (asociada a las tradiciones) y la idea de comunidad política. Esto, como bien apunta Will Kymlicka, es peligroso, dado que naturaliza la exclusión de aquellas minorías que no siguen las tradiciones de los grupos mayoritarios de una cierta comunidad<sup>37</sup>.

Otros autores sostienen que en realidad el factor decisivo no es la “homogeneidad cultural”, sino la existencia de valores, o principios de justicia comunes<sup>38</sup>. Según ellos, dado que no existen estos valores compartidos a nivel global, no puede existir una comunidad política a ese nivel. Existen dos respuestas posibles a este argumento. La primera es la que da Kymlicka, quien presenta contraejemplos que niegan que esto ocurra a nivel doméstico: los canadienses, por ejemplo, comparten indudablemente ciertos principios de justicia, y pese a ello los *québécois* pretenden constituir una comunidad política autónoma<sup>39</sup>. La propia evidencia empírica muestra, entonces, que los valores

---

<sup>36</sup> DOYLE, 2001, p. 93; D. MILLER, 1995, p. 85; TORBISCO CASALS, 2015, p. 462. Véase WEINSTOCK, 2009, p. 92 y, más generalmente, la descripción de los argumentos “comunitaristas en sentido estricto” (que proponen que lo que se requiere es “una forma de vida compartida”) en KYMLICKA, 2002, pp. 257–261.

Este argumento debe ser diferenciado de otro, similar, que sostiene que es importante preservar la libre determinación de los Estados, y evitar la constitución de una comunidad política global, para salvaguardar las identidades culturales particulares de cada nación (D. MILLER, 2010, p. 83). La respuesta rápida de un demócrata global es que pensar en democratizar aquellas decisiones que necesariamente deban ser tomadas en la esfera transnacional no implica deshacerse de los Estados, ni mucho menos (véase, por ejemplo, PETERS, 2009a ).

<sup>37</sup> KYMLICKA, 2002, pp. 258–261

<sup>38</sup> KYMLICKA, 2002, pp. 254–257

<sup>39</sup> KYMLICKA, 2002, p. 256

comunes no son decisivos para constituir la solidaridad que una comunidad política necesita. La segunda respuesta -y creo que la más contundente- es que aun cuando cierto consenso superpuesto respecto de ciertos valores fuera entendido como prerrequisito para la democracia, la constitución de una comunidad política global no sería imposible. Ello se debe a que, pese a las oscilaciones propias de un grupo de personas tan extenso, la humanidad se ha puesto de acuerdo hoy en día respecto de ciertos valores y objetivos mínimos que deben ser defendidos por todos, en cualquier parte del planeta. Estoy hablando, por supuesto, de los derechos humanos, pero también de otras normas básicas de derecho internacional, como la prohibición del uso de la fuerza, la protección del medioambiente o las reglas de derecho internacional humanitario. Muchos autores han señalado que estos principios, indudablemente compartidos en todo el planeta, pueden servir como base para un diálogo global respecto de desacuerdos políticos.

Una tercera variante de este argumento, en cierto modo intermedia entre las dos anteriores, es la que presenta el propio Kymlicka. Para él, aun en los casos de Estados verdaderamente multiculturales, el funcionamiento democrático es garantizado por una cierta identidad nacional, pero una más “delgada” que la que proponen los demás autores. Así, los ciudadanos de estos Estados pueden no compartir su “descendencia étnica, su fe religiosa o su concepción del bien”<sup>40</sup>, pero sí comparten, típicamente, “una sensación de que tienen una historia y un territorio compartido, un lenguaje común, e instituciones públicas comunes”<sup>41</sup>. Dejando de lado la cuestión del lenguaje, que analizaré a continuación, no veo por qué estos elementos deben ser entendidos como exclusivos de la esfera nacional, por qué no puede entenderse que existen globalmente. Es indudable que la humanidad tiene una historia común (con cambios tecnológicos de impacto global, comunes, desde la máquina de vapor a internet, con procesos políticos globales, como la descolonización o la emancipación de las mujeres, entre otros tantos), tiene un territorio compartido (el planeta Tierra, con problemas cada vez más entrelazados, desde la polución hasta el cambio climático), y tiene instituciones públicas comunes (hay ejemplos obvios, como Naciones Unidas o la Organización Mundial del Comercio, pero también otros menos evidentes pero muy relevantes históricamente, como la FIFA o ICANN). Cada vez más, la humanidad va construyendo una identidad que tiene muchos aspectos

---

<sup>40</sup> KYMLICKA, 2002, p. 265

<sup>41</sup> KYMLICKA, 2002, p. 265

en común, pese a las enormes diferencias existentes, naturalmente, en un grupo de personas tan extenso.

### **1.3. La ausencia de un lenguaje compartido impide que exista un diálogo democrático global**

Un tercer argumento que puede esbozarse en contra de la democracia global es el de la torre de Babel: la ausencia de un lenguaje común impide que los ciudadanos del mundo dialoguen entre sí para resolver sus controversias como una verdadera comunidad política<sup>42</sup>. Como en los casos anteriores, no obstante, la existencia de Estados-nación con lenguajes múltiples (Canadá, Bolivia, Bélgica, entre otros) prueban que la democracia es posible pese a las diferencias lingüísticas. De hecho, los éxitos de la comunidad internacional para resolver ciertos problemas son en sí mismos prueba de que basta con tener un equipo profesional de traductores para superar la barrera del lenguaje.

### **1.4. Las diferencias de poder y las diferencias económicas en el mundo son demasiado grandes como para que exista un grado suficiente de solidaridad global**

Un cuarto argumento en contra de la posibilidad de que exista una verdadera ciudadanía global es el que sostiene que el mundo es un lugar demasiado desigual, y que esas desigualdades impiden la constitución de una verdadera comunidad política de ciudadanos<sup>43</sup>. Una vez más, no obstante, este argumento se enfrenta al contraejemplo de las democracias nacionales. Por supuesto que aquellas sociedades con niveles de igualdad más avanzados logran desarrollar democracias más plenas, porque la igualdad socioeconómica puede ser entendida, como decía clásicamente Carlos Nino, como una “precondición para la democracia”<sup>44</sup>. Pero ello no implica que aquellas comunidades que no tengan una distribución de recursos ideal no puedan ser democráticas. En efecto, la democracia suele ser entendida como un camino para lograr, precisamente, esta redistribución de recursos: se trata de una especie de círculo virtuoso de distribución de bienes públicos, que puede comenzar o bien con bienes materiales o bien con derechos políticos.

Una versión ligeramente distinta de este argumento es la que sostiene que una comunidad política global jamás podría lograr los niveles de distribución de recursos que

---

<sup>42</sup> Véase la reconstrucción de este argumento en WEINSTOCK, 2009, p. 92

<sup>43</sup> DOYLE, 2001, p. 93; TORBISCO CASALS, 2015, p. 464

<sup>44</sup> NINO, 1996. Sobre algunos problemas de esta idea, véase MARTÍ, 2008b.

una democracia requiere<sup>45</sup>. Autores como David Miller y el propio Will Kymlicka han sostenido que los ciudadanos del mundo no estarían dispuestos a hacer sacrificios (por ejemplo, a pagar más impuestos) para garantizar el bienestar de otros individuos en partes lejanas del planeta<sup>46</sup>. El problema con este argumento es que es empírico por naturaleza y, por lo tanto, contingente. Es posible que sea cierto que, hoy en día, muchos individuos no estén dispuestos a hacer sacrificios por otros individuos que están en el otro extremo del planeta. No obstante, lo mismo ocurría en cierto momento dentro de los actuales Estados nación, y a través de ciertos procesos históricos, los ciudadanos de una región aceptaron contribuir para que los de otra región dentro de ese mismo Estado estuvieran mejor. Como explica Patti Lenard, “nuestra disposición a la parcialidad -a preocuparnos más por aquellos con los que tenemos relaciones significativas- es natural, pero el alcance de esta parcialidad no es fijo”<sup>47</sup>. Según Lenard, “en la medida en que podamos forjar relaciones significativas más allá de las fronteras, e incluso globalmente, podemos alterar la percepción de que las obligaciones transnacionales son demasiado desafiantes, o que son la responsabilidad de otros”<sup>48</sup>. De hecho, Daniel Weinstock argumenta que, a nivel nacional, las personas pagan impuestos no necesariamente porque crean que tienen un vínculo especial con sus conciudadanos, sino porque existe un esquema coercitivo que los obliga a hacerlo<sup>49</sup>. No sabemos, entonces, qué ocurriría si se impusiera un impuesto de extensión global, que permitiera lograr niveles de redistribución más adecuados con las necesidades de una democracia transnacional.

### **1.5. La falta de un “otro” impide que la humanidad sea considerada una comunidad política**

Una última objeción a la idea de ciudadanía global es la que sostiene que toda comunidad política se constituye en torno a la figura de un “otro”, y que como la humanidad no tiene ese “otro” en torno al cual constituirse, nunca podrá existir un *demos* global<sup>50</sup>. La versión más clásica de esta idea le pertenece a Carl Schmitt, quien en *El*

---

<sup>45</sup> KYMLICKA, 2001; D. MILLER, 1995, pp. 83–85

<sup>46</sup> WEINSTOCK, 2009, p. 92

<sup>47</sup> LENARD, 2012, p. 620

<sup>48</sup> LENARD, 2012, p. 620

<sup>49</sup> WEINSTOCK, 2009, pp. 94–96

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, MOUFFE, 2000, p. 13; SCHMITT, 2007, p. 53; A. D. SMITH, 1990, p. 171; WALZER, 1992, p. 171. Arash Abizadeh identifica este argumento también en la obra de David Miller (ABIZADEH, 2005, pp. 45, 48, citando a D. MILLER, 1989a, pp. 67–68, 1989b, p. 239), pero el propio Miller niega en



*concepto de lo político* sostenía que “una entidad política presupone la existencia real de un enemigo y, por lo tanto, de otra entidad política, coexistente. Mientras exista un Estado, habrá entonces en el mundo más de un Estado. Un Estado mundial que incorpore a todo el planeta y a toda la humanidad no puede existir”<sup>51</sup>.

En un trabajo publicado en 2005, Arash Abizadeh deconstruye esta idea schmittiana (y sus derivados derrideanos, sobre todo en la obra de Chantal Mouffe) a partir de dos argumentos alternativos. Primero, Abizadeh niega que debamos aceptar la tesis schmittiana de que no puede haber comunidad política sin enemigos. Es cierto que la enemistad es una forma de constituir un grupo como tal, reconoce este autor, pero no hay razones conceptuales para sostener que esta sea la única forma. En todo caso, dice Abizadeh, esta es una cuestión empírica, que debe probarse empíricamente<sup>52</sup>. Hasta tanto esta evidencia no haya sido presentada, la tesis no puede ser aceptada. Segundo, dice Abizadeh, aun si aceptáramos la premisa schmittiana de que toda comunidad política presupone un “otro”, no se deriva de ello que no pueda existir una comunidad política global. Esto se debe a que ese “otro” puede estar constituido no externamente -es decir, por otra comunidad política- sino también internamente,<sup>53</sup> “en base a diferencias respecto de valores hipotéticos y de identidades colectivas imaginarias centradas en estos, o en base a diferencias respecto de los valores una identidad histórica pasada respecto de la cual uno quiere marcar distancias”<sup>54</sup>. Ni siquiera la necesidad de un “otro”, entonces, impide conceptualmente la potencial existencia de una comunidad política global.

## **2. POR QUÉ LA SOLIDARIDAD GLOBAL ES POSIBLE: DOS ARGUMENTOS COSMOPOLITAS**

Si mis argumentos de la sección anterior fueron exitosos, entonces la solidaridad global no es necesariamente imposible, y puede llegar a existir en algún momento de la historia humana. En esta sección intentaré probar que ese momento ya ha llegado, que

---

trabajos posteriores que esta sea su postura: “no podemos decir que la misma idea de ciudadanía en un lugar A dependa del reconocimiento de otras ciudadanías en otros lugares. Por lo tanto, no podemos descartar la ciudadanía global por definición, que es lo que [Hannah] Arendt parece estar haciendo aquí [NdA: en ARENDT, 1970]. No podemos decir que la idea misma de la ciudadanía global sea incoherente porque no hay otro lugar, más que el mundo, respecto del cual esta pueda ser separada por fronteras territoriales” (D. MILLER, 2011, p. 4).

<sup>51</sup> SCHMITT, 2007, p. 53

<sup>52</sup> ABIZADEH, 2005, p. 54

<sup>53</sup> ABIZADEH, 2005, pp. 51–52

<sup>54</sup> ABIZADEH, 2005, p. 58

está llegando, o que al menos es posible que llegue en un futuro no tan lejano. Para ello apelaré a dos argumentos: uno institucional y uno empírico.

## 2.1. El argumento institucional

El primer argumento para afirmar que la solidaridad global ciudadana *es posible* en nuestro mundo contemporáneo es el que sostiene que estas emociones altruistas no surgen espontáneamente en las sociedades, sino que son resultado de un proceso institucional de construcción de ciudadanía<sup>55</sup>.

Como explica, por ejemplo, Anne Peters, el origen de los pueblos no suele ser de carácter prepolítico, natural (como sí podrían ser los lazos de solidaridad entre los miembros de una familia, por ejemplo). La constitución de las comunidades políticas como tales ha sido, en casi todos los casos, el objeto de procesos de “construcción nacional”, con escuelas que enseñan el lenguaje, medios de comunicación que resaltan los símbolos patrios, políticas institucionales que apoyan ciertas tradiciones, discursos públicos que resaltan una cierta historia, etcétera. Por lo tanto, dice Peters, “sería ahistórico pedir la existencia de un ‘pueblo’ global, consolidado históricamente, como una precondition de una democracia global”<sup>56</sup>. Estos lazos de empatía ciudadana entre los miembros de una comunidad política transnacional surgirán, en cambio, cuando exista una decisión política y un diseño institucional destinado a crearlos. En cierta medida esto ha ocurrido a nivel transnacional, por ejemplo, con diversos acuerdos en materia de derechos humanos -y la consecuente creación de una idea común de “humanidad”-, y con los crecientes espacios abiertos a las organizaciones no gubernamentales en la creación de normas internacionales<sup>57</sup> -y la consecuente aparición de una incipiente ciudadanía transnacional-. Si este tipo de políticas fueran institucionalizadas con el objeto de construir esa empatía global, como ocurrió históricamente con los Estados nación,

---

<sup>55</sup> Véase, por ejemplo, ABIZADEH, 2002; LENARD, 2012, pp. 618–619; PETERS, 2009a, p. 313; TORBISCO CASALS, 2015, p. 464; WEINSTOCK, 2009, p. 95.

<sup>56</sup> PETERS, 2009a, p. 313. El ejemplo que da Peters al respecto es ilustrativo y contundente: ““el argumento de que no puede haber democracia global porque no hay una identidad, solidaridad, etcétera, global, tiene la misma calidad viciosa que el argumento de que las mujeres no pueden ser ciudadanas, porque no entienden cómo se desarrollan las cuestiones públicas. las mujeres no entendían cómo se desarrollaban estas cuestiones porque no tenían derechos ciudadanos, no tenían lugar en la civitas, estaban condenadas a la esfera privada. es posible salir del círculo vicioso solo a través de la acción política, animándose a soltar a las mujeres a la esfera pública. un experimento similar debe realizarse en la política constitucional global de modo de continuar el camino hacia la democracia global” (PETERS, 2009a, p. 313).

<sup>57</sup> Véanse mis argumentos al respecto en MAISLEY, 2015a, 2016, 2017b.

probablemente los habitantes del mundo adquirirían la empatía necesaria para entenderse ciudadanos de una verdadera comunidad política transnacional.

## **1.2. El argumento empírico**

Una segunda vía para argumentar en favor de la existencia de la empatía ciudadana que permita una cierta democracia global consiste en mirar con detalle los procesos ya existentes en el mundo a este respecto. Como mencioné en el apartado anterior, un punto importante en este sentido es la construcción de la idea de “humanidad” lograda a través de los distintos avances del derecho internacional de los derechos humanos. Pero el punto clave -sobre todo si la democracia global es entendida del modo en que sugiero en este trabajo, como asociada al derecho humano a participar en la conducción de los asuntos públicos globales- es el de los espacios actualmente existentes para que la ciudadanía participe -directamente, sin intervención de los Estados- en los procesos de creación del derecho internacional.

Y, en efecto, como vimos, en los últimos cuarenta años, la comunidad internacional ha aceptado crecientemente la participación de la ciudadanía -sobre todo a través de organizaciones no gubernamentales- en los procesos de creación del derecho internacional. Si bien en ciertas áreas, como el derecho internacional ambiental<sup>58</sup> o el derecho internacional de los derechos humanos<sup>59</sup>, este proceso es más evidente, incluso en espacios como la Organización Mundial del Comercio<sup>60</sup>, o como el mismísimo Consejo de Seguridad<sup>61</sup>, la ciudadanía se ha visto involucrada, a través de asociaciones voluntarias. Por supuesto, esto no prueba la construcción de un *demos* o ni siquiera de una serie de *demoi* globales, pero sí que en la medida en que existan los espacios propicios, existe cierto interés de la ciudadanía en hacer oír su voz en las discusiones institucionales que se desarrollan en lugares que antes eran opacos y totalmente cerrados al público.

## **II. NECESIDAD, TEMOR Y DEMOCRACIA GLOBAL**

---

<sup>58</sup> EBBESSON, 1997; MAISLEY, 2013; RAUSTIALA, 1997.

<sup>59</sup> BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 52–54; CHARNOVITZ, 1997, pp. 252–253; MARTENS, 2011, pp. 45–50.

<sup>60</sup> NANZ & STEFFEK, 2004, p. 330; STEFFEK & KISSLING, 2006, pp. 151–152.

<sup>61</sup> JOHNSTONE, 2003, pp. 461–462.

Si mis argumentos de las secciones precedentes fueron exitosos, entonces puede decirse que los seres humanos han alcanzado, hoy en día, un nivel de “solidaridad global” suficiente como para constituir una comunidad política transnacional, en la que los ciudadanos del mundo participen democráticamente para resolver las controversias que afectan simultáneamente a todos. No obstante, en este último apartado, quiero esbozar un argumento alternativo, pero complementario al anterior. Se trata de un argumento, de raíz kantiana/hobbesiana, que sugiere que la emoción crucial para la constitución de una comunidad política no es la solidaridad, la confianza, o la empatía, sino más bien el miedo, o la necesidad de huir de una situación de conflicto permanente.

La mejor reconstrucción de la versión kantiana de esta idea es probablemente la de Jeremy Waldron<sup>62</sup>. Waldron explica que las principales teorías políticas contemporáneas -tanto las liberales (rawlsianas) como las comunitaristas (walzerianas)- parten de la idea de que las comunidades políticas son consecuencia de ciertos acuerdos fundamentales, sean estos respecto de principios de justicia (para los liberales), o de formas de vida comunes (para los comunitaristas). La teoría de Kant, por el contrario, parte de la presunción opuesta, es decir, que existen desacuerdos fundamentales entre los individuos, pero que la necesidad de coexistencia inevitablemente los fuerza a encontrar acuerdos mínimos -no gracias a las coincidencias, sino pese a las diferencias- que les permitan convivir. “Los seres humanos viven uno al lado del otro, unidos por circunstancias en las que simplemente *tienen* que lidiar los unos con los otros, sin perjuicio de la disparidad inicial respecto de sus visiones de la justicia, la moralidad y el derecho”<sup>63</sup>. Según la interpretación que Waldron hace de Kant, por lo tanto, los individuos de distintas comunidades tienen un deber de tratar a sus tradiciones y formas de vida no como costumbres, sino como prácticas racionales adoptadas por ciertos motivos a lo largo del tiempo. Al hacer esto, podrán discutir racionalmente respecto de estas diferencias y de ese modo resolver las disputas políticas de un modo respetuoso de las posiciones de todas las partes en conflicto, aun cuando estas sean radicalmente opuestas<sup>64</sup>.

Esta lectura de Kant tiene, también, un dejo hobbesiano. Según Hobbes, los individuos se agrupan bajo el mando de un soberano no por sus coincidencias, ni por su

---

<sup>62</sup> WALDRON, 1999b.

<sup>63</sup> WALDRON, 1999b, p. 241.

<sup>64</sup> WALDRON, 1999b, p. 242

predisposición a la vida en comunidad, sino más bien por sus diferencias, por los miedos que los unos tienen de los otros<sup>65</sup>. La emoción que da luz a la comunidad política, en Hobbes, no es la solidaridad, sino el miedo. Algo similar parece ocurrir en la teoría kantiana de Waldron: los individuos no se agrupan por motivos altruistas -como en las teorías comunitaristas- ni principistas -como en las liberales- sino esencialmente por razones prudenciales, basadas en la necesidad de convivir sin tener que temerse los unos a los otros continuamente<sup>66</sup>.

¿En qué medida los “miedos” de la humanidad pueden ser, hoy en día, motor de la constitución de una comunidad política global, o al menos de múltiples comunidades políticas superpuestas? Ciertamente, los ciudadanos del mundo no se encuentran en la situación de desamparo con que Hobbes describe el Estado de naturaleza, precisamente porque el Leviatán, el Estado, los protege de ese tipo de circunstancias<sup>67</sup>. No obstante, en nuestro mundo contemporáneo, los Estados crecientemente carecen de las facultades necesarias para resolver algunos de los problemas que más temor generan entre los ciudadanos: situaciones como la guerra, el cambio climático o la pobreza requieren esfuerzos transnacionales, y los ciudadanos del mundo parecen dispuestos a ceder esas facultades a instituciones globales, ante el temor de que no sean solucionados. La acelerada globalización que atraviesa nuestro mundo hace prever que esta interdependencia irá en aumento en los años que vienen, con viejos desafíos actualizados, y algunos nuevos retos que generarán más incertidumbre y temor en la ciudadanía global ante la ausencia de instituciones apropiadas para resolverlos. Aun cuando la solidaridad global no haya florecido suficientemente, los temores que genera la creciente interdependencia transnacional pueden generar la motivación suficiente para constituir una comunidad global más democrática y participativa.

En una línea similar, José Luis Martí retoma una vieja idea de Jeremy Waldron y argumenta que ya existen, a nivel global, las “circunstancias de la política”, es decir, la situación en la cual la política -como virtud y como práctica- es a la vez posible y

---

<sup>65</sup> Véase, generalmente, HOBBS, 1651, Capítulo XIII.

<sup>66</sup> Para una lectura similar, véase MARTÍ, 2012, pp. 21–26.

<sup>67</sup> La teoría de las relaciones internacionales de Hobbes y de sus seguidores se diferencia notablemente de la que aquí presenta Waldron en que aquellos consideran que los únicos actores relevantes en este plano son los soberanos (véase DOYLE, 1997, pp. 216–217), mientras que Waldron es explícito en cuanto a que son los individuos los sujetos últimos también en la esfera internacional (véase, al respecto, WALDRON, 2011a).

necesaria<sup>68</sup>. Martí sostiene que ya existe una serie de bienes comunes globales (la paz nuclear, la seguridad antiterrorista, el equilibrio térmico y medioambiental del planeta, la seguridad sanitaria, la seguridad alimentaria, la seguridad fiscal, la estabilidad financiera, etc.) que requieren de “decisiones y acciones comunes, cuanto menos coordinadas, para tratar de satisfacerlos y protegerlos”<sup>69</sup>. La existencia de esos objetivos comunes, y los riesgos que significa no enfrentarlos, parecen ser una motivación suficiente para que los ciudadanos establezcan un “marco, decisión o curso de acción comunes” a través del cual dirimir los desacuerdos que existan respecto de los cursos de acción a seguir<sup>70</sup>. La humanidad, por el solo hecho de compartir un territorio tan interdependiente como es hoy el planeta Tierra, ha generado “una política global sin todavía instituciones, un espacio de *global politics* sin *global polity*”<sup>71</sup>. Lo que se necesita, afirma Martí, es la constitución de instituciones republicanas que procesen estos problemas globales en línea con las mejores tradiciones democráticas.

Sean cuales sean las instituciones que se requiera, si este razonamiento tiene algún asidero, entonces el desafío planteado por los particularistas parece tener cada vez menos potencia. Aun cuando la confianza o la empatía entre ciudadanos de distintos extremos del planeta sea tenue, es probable que decidan cooperar y resolver mancomunadamente ciertos problemas no por altruismo ni por convicción, sino por temor y autointerés. Pero, además, si los problemas comunes, globales, tarde o temprano empujan a la humanidad a establecer relaciones políticas cada vez más intensas, esto a su vez contribuirá a fortalecer los vínculos de confianza, solidaridad o empatía entre los ciudadanos participantes en estos procesos. Pese a no comenzar en la virtud, entonces, el círculo de las relaciones políticas globales puede terminar siendo virtuoso.

### III. CONCLUSIÓN

En suma, parecen existir dos grandes fuentes emocionales de predisposición a participar en una comunidad política global. Por un lado, la empatía, la solidaridad o la confianza hacen que los individuos de una parte del planeta sí, en efecto, puedan estar dispuestos a deliberar con sus conciudadanos de otro extremo del mundo. En la medida

---

<sup>68</sup> WALDRON, 2005, p. 171

<sup>69</sup> MARTÍ, 2012, p. 31.

<sup>70</sup> WALDRON, 2005, p. 171.

<sup>71</sup> MARTÍ, 2012, p. 33.

en que existan los espacios institucionales, y sobre todo cuando se adopta una política tendiente a educar a la ciudadanía respecto de la existencia de esta comunidad, los ciudadanos parecen tener una tendencia a participar en estos procesos. Por otro lado, en tanto, existen otros factores emocionales, además de los altruistas, que predisponen a los ciudadanos a deliberar con individuos de otras partes del planeta para resolver conflictos comunes. En particular, los miedos -a problemas de carácter transnacional, como el terrorismo, o la contaminación ambiental- pueden servir como una fuente alternativa de incentivo emocional para participar en la deliberación pública global. Estas dos motivaciones pueden operar de forma complementaria, generando estímulos suficientes para que los ciudadanos del mundo participen en las instituciones transnacionales que conduzcan los asuntos públicos más allá de las fronteras de sus Estados nación.





**CONCLUSIÓN: EL DERECHO DE LA SOCIEDAD CIVIL  
A PARTICIPAR EN LA CREACIÓN DEL DERECHO  
INTERNACIONAL**



## **CAPÍTULO 10: ENTRE LA APOLOGÍA Y LA UTOPIA: DEMOCRACIA GLOBAL, DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO DE LA SOCIEDAD CIVIL A PARTICIPAR EN LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL**

El 29 de noviembre de 2017, un funcionario de la Organización Mundial del Comercio envió un correo electrónico a más de sesenta activistas acreditados para la undécima conferencia ministerial del organismo, que se llevaría a cabo pocos días después en Buenos Aires. “La OMC ha acreditado a su ONG como una participante válida [de la conferencia]. No obstante, nos ha informado el gobierno anfitrión que, por razones no especificadas, las autoridades de seguridad de la Argentina han decidido denegar su acreditación”<sup>1</sup>. El correo luego reconocía lo desprolijo de la situación, y advertía que lo mejor era que no viajaran a Buenos Aires. “Hemos realizado repetidas consultas acerca de este desarrollo inesperado, pero tenemos pocas o ninguna esperanza de encontrar una solución. Por lo tanto, lo desalentamos de viajar a Argentina para evitar que sea enviado de vuelta a su entrada al país”<sup>2</sup>.

El correo generó alarma y repudio entre diversas organizaciones de la sociedad civil<sup>3</sup>, pero la cuestión tomó verdadera relevancia en la prensa mundial cuando varias personas

---

<sup>1</sup> Our World is Not For Sale, *Argentine Government Revokes World Trade Organization's Accreditation of Key Civil Society Organizations, Just Days before Ministerial Conference in Buenos Aires*, disponible en [https://www.citizen.org/sites/default/files/release\\_-\\_disaccreditation\\_nov\\_30\\_2017\\_0.pdf](https://www.citizen.org/sites/default/files/release_-_disaccreditation_nov_30_2017_0.pdf).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, Amnesty International, *Argentina: WTO Summit Must Not Exclude Civil Society* (1 de diciembre de 2017), disponible en <https://www.amnesty.org/en/documents/amr13/7532/2017/en/>; Friends of the Earth International, *WTO talks legitimacy "undermined" as Argentina blocks civil society attendance* (1 de diciembre de 2017), disponible en <https://www.foei.org/features/wto-talks-legitimacy-undermined-argentina-blocks-civil-society-attendance>; Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Government must scrap decision to exclude civil society from the wto ministerial conference* (4 de diciembre de 2017), disponible en <https://www.cels.org.ar/web/en/2017/12/exclusion-de-sociedad-civil-omc/>; Access Now, *Access Now statement on civil society exclusion from WTO meeting in Argentina* (8 de diciembre de 2017), disponible en <https://www.accessnow.org/access-now-statement-civil-society-exclusion-wto-meeting-argentina/>; International Trade Union Confederation (ITUC), *Argentina's WTO Civil Society Ban is Outrageous* (8 de diciembre de 2017), disponible en <https://www.ituc-csi.org/argentina-s-wto-civil-society-ban?lang=en>; Association for Women's Rights in Development, *Argentina: Let social movements in!* (1 de diciembre de 2017), disponible en <https://www.awid.org/news-and-analysis/argentina-let-social-movements>; Global Justice Now, *NGOs blocked at last minute from WTO summit in Argentina* (30 de noviembre de 2017), disponible en <https://www.globaljustice.org.uk/news/2017/nov/30/ngos-blocked-last-minute-wto-summit-argentina>; Association for Progressive Communication, *APC condemns restrictions on civil society at WTO summit, calls on Argentine government to facilitate NGO participation* (diciembre de 2017), disponible en <https://www.apc.org/en/pubs/apc-condemns-restrictions-civil-society-wto-summit-calls-argentine->

fueron efectivamente deportadas de Argentina al llegar al aeropuerto de Ezeiza<sup>4</sup>. Los casos más resonantes fueron el del noruego Petter Titland, de la organización ATTAC, y el de la periodista británico-ecuatoriana Sally Burch, de la Agencia Latinoamericana de Información (ALAI): ambos fueron expulsados del país pocas horas después de aterrizar, sin demasiadas explicaciones. Otros tuvieron más suerte y fueron solamente demorados, pero lograron ingresar a la Argentina.

Un primer aspecto notable del caso fue la rápida y contundente reacción de la comunidad internacional. Pese a que en general se reconoce la potestad soberana de todos los Estados de decidir qué personas pueden ingresar a su territorio sin necesidad de rendir cuentas por ello<sup>5</sup>, las respuestas a la decisión del gobierno argentino fueron muy significativas. Varios Estados intercedieron directamente por sus ciudadanos, y otros

---

[government-facilitate-ngo](#); Electronic Frontier Foundation (EFF), *Argentinian Government Bans Civil Society Organizations From Attending Upcoming WTO Ministerial Meeting* (6 de diciembre de 2017), disponible en <https://www.eff.org/es/deeplinks/2017/12/upcoming-wto-ministerial-meeting-steeped-controversy-argentinian-government-bans>; Down to Earth, *In a bizarre move, Argentina bars NGOs, civil society from attending WTO conference* (30 de noviembre de 2017), disponible en <https://www.downtoearth.org.in/news/economy/in-a-bizarre-move-argentina-bars-ngos-civil-society-from-attending-wto-conference-59254>; ALAI, *Argentina arbitrarily revokes civil society participants' accreditation at WTO Ministerial Meeting* (30 de noviembre de 2017), disponible en <https://www.alainet.org/es/node/189561>; Thirld World Network, *Don't hold MC11 in Argentina unless ban on NGOs is rescinded* (4 de diciembre de 2017), disponible en <https://www.twn.my/title2/wto.info/2017/ti171203.htm>; FOPEA, “.@FOPEA rechaza la prohibición de ingreso a la Argentina de la periodista británica Sally Burch, quien venía a cubrir la cumbre de la OMC” (9 de diciembre de 2017), disponible en <https://twitter.com/fopea/status/939572441952776192>. Véase, además, LUKIN, Tomás, “Representantes de las ONG cuestionaron la persecución”, *Página/12*, Buenos Aires (12 de diciembre de 2017), disponible en <https://www.pagina12.com.ar/82100-representantes-de-las-ong-cuestionaron-la-persecucion>.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, DONNAN, Shawn y MANDER, Benedict, “Argentina bans activists from WTO meeting”, *Financial Times*, Washington, D.C. (30 de noviembre de 2017), disponible en <https://www.ft.com/content/9dc1a640-d5ff-11e7-8c9a-d9c0a5c8d5c9>; GOÑI, Uki, *Fury as Argentina blacklists WTO attendees over 'calls for violence* (11 de diciembre de 2017), *The Guardian*, Londres, disponible en <https://www.theguardian.com/world/2017/dec/11/argentina-social-media-ban-world-trade-organisation-conference>; BARREIRO, Ramiro, “Argentina blinda la cumbre de la OMC e impide el acceso a 60 activistas”, *El País*, Madrid (10 de diciembre de 2017), disponible en [https://elpais.com/internacional/2017/12/09/argentina/1512844798\\_116508.html?id\\_externo\\_rsoc=TW\\_A\\_M\\_CM](https://elpais.com/internacional/2017/12/09/argentina/1512844798_116508.html?id_externo_rsoc=TW_A_M_CM); LUKIN, Tomás y DELLATORRE, Raúl, “La lista negra de Cancillería”, *Página/12*, Buenos Aires (3 de diciembre de 2017), disponible en <https://www.pagina12.com.ar/80096-la-lista-negra-de-cancilleria>.

<sup>5</sup> “Tradicionalmente”, explican Kay Hailbrunner y Jana Gogolin en la entrada relevante de la Enciclopedia Max Planck de Derecho Internacional, “los Estados no tienen ninguna obligación de derecho internacional respecto de la admisión de extranjeros, ni respecto de las condiciones para tal admisión” (HAILBRUNNER & GOGOLIN, 2013, párr. 14). En 1973, Rosalyn Higgins escribía que “pese a que la libertad para viajar es un objetivo ampliamente proclamado, y pese a que muchos instrumentos urgen y hasta prevén la abolición de las visas entre los firmantes, no hay un derecho general de un extranjero de que se le permita la entrada a otro país” (HIGGINS, 1973, p. 344). Para una narrativa histórica que desafía esta mirada predominante, véase CHETAIL, 2016.

además presentaron protestas formales a la Argentina<sup>6</sup>. “Creemos que el diálogo con la sociedad civil es una parte importante de la cooperación internacional también en la OMC”, sostuvo un portavoz del gobierno noruego, país de origen de Titland. “La decisión de Argentina es desafortunada y envía una señal equivocada”<sup>7</sup>, agregó. Keith Rockwell, vocero de la OMC, reconoció que la organización hizo esfuerzos para convencer al gobierno argentino de revertir la decisión<sup>8</sup>. Los relatores especiales para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Edison Lanza, y de las Naciones Unidas, David Kaye, también protestaron la decisión<sup>9</sup>. “Esto es muy preocupante”, sostuvo Kaye en su cuenta de Twitter. “Cualquier restricción a la participación debe estar basada en estándares estrictos de necesidad y proporcionalidad, y ciertamente en evidencia de una amenaza inmediata”<sup>10</sup>. La más efusiva, no obstante, fue una de las funcionarias de más alto perfil de la conferencia: Cecilia Malmström, representante de comercio exterior de la Comisión Europea. Malmström le envió una carta pública al canciller argentino, Jorge Faurie, “para expresar su preocupación acerca de la decisión de las autoridades argentinas de revocar la acreditación de ciertos representantes de la sociedad civil” para la conferencia<sup>11</sup>. “Considero muy importante”, dijo en la misiva, “que la política comercial sea abierta, inclusiva y transparente, además

---

<sup>6</sup> Véase, entre otros, BARREIRO, Ramiro, “Argentina blindo la cumbre de la OMC e impide el acceso a 60 activistas”, *Diario El País*, Madrid (10 de diciembre de 2017), disponible en [https://elpais.com/internacional/2017/12/09/argentina/1512844798\\_116508.html?id\\_externo\\_rsoc=TW\\_A\\_M\\_CM](https://elpais.com/internacional/2017/12/09/argentina/1512844798_116508.html?id_externo_rsoc=TW_A_M_CM); GOÑI, Uki, *Fury as Argentina blacklists WTO attendees over 'calls for violence'* (11 de diciembre de 2017), *The Guardian*, Londres, disponible en <https://www.theguardian.com/world/2017/dec/11/argentina-social-media-ban-world-trade-organisation-conference>; LUKIN, Tomás, “Representantes de las ONG cuestionaron la persecución”, *Página/12*, Buenos Aires (12 de diciembre de 2017), disponible en <https://www.pagina12.com.ar/82100-representantes-de-las-ong-cuestionaron-la-persecucion>.

<sup>7</sup> Citado en BARREIRO, Ramiro, “Argentina blindo la cumbre de la OMC e impide el acceso a 60 activistas”, *El País*, Madrid (10 de diciembre de 2017), disponible en [https://elpais.com/internacional/2017/12/09/argentina/1512844798\\_116508.html?id\\_externo\\_rsoc=TW\\_A\\_M\\_CM](https://elpais.com/internacional/2017/12/09/argentina/1512844798_116508.html?id_externo_rsoc=TW_A_M_CM).

<sup>8</sup> Citado en DONNAN, Shawn y MANDER, Benedict, “Argentina bans activists from WTO meeting”, *Financial Times*, Washington, D.C. (30 de noviembre de 2017), disponible en <https://www.ft.com/content/9dc1a640-d5ff-11e7-8c9a-d9c0a5c8d5c9>.

<sup>9</sup> Véanse los *tweets* de David Kaye del 7 de diciembre de 2017, disponibles en <https://twitter.com/davidakaye/status/938901105416683521>, y de Edison Lanza, del 8 de diciembre de 2017, disponibles en <https://twitter.com/edisonlanza/status/939321199498289153>.

<sup>10</sup> Véanse los *tweets* de David Kaye del 7 de diciembre de 2017, disponibles en <https://twitter.com/davidakaye/status/938901105416683521>.

<sup>11</sup> Carta de Cecilia Malmström, miembro de la Comisión Europea, a Jorge Faurie, Ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, Bruselas, 7 de diciembre de 2017, Ref. Ares (2017) 5994400, disponible en [http://ourworldisnotforsale.net/2017/L\\_European\\_Commission.pdf](http://ourworldisnotforsale.net/2017/L_European_Commission.pdf).

de informada por el más amplio abanico de opiniones. Para la UE, esto implica darles a todos los representantes de la sociedad civil la chance de hacer oír su voz, incluyendo en Buenos Aires durante la conferencia ministerial”<sup>12</sup>.

Un segundo aspecto notable del caso, en tanto, fue que el gobierno argentino jamás intentó escudarse en su soberanía para impedir el ingreso de los activistas. El argumento siempre fue, en cambio, que todos ellos presentaban riesgos de seguridad para la cumbre. Específicamente, la cancillería sostuvo en un comunicado que todos los excluidos “habían hecho explícitos llamamientos a manifestaciones de violencia a través de las redes sociales, expresando su vocación de generar esquemas de intimidación y caos”<sup>13</sup>. A medida que se fue probando que ello no era cierto, y que la presión se fue montando sobre el gobierno argentino, las restricciones fueron paulatinamente levantadas. Titland y Burch finalmente pudieron participar de la conferencia, pero muchas otras y otros ya habían cancelado sus viajes. Pese a estos problemas, Argentina en todo momento se pronunció en favor de la participación de la sociedad civil en términos generales, insistiendo en que los casos de estos y estas activistas eran excepcionales<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> *Ibid.* Véase también la carta de Cecilia Malmström, miembro de la Comisión Europea, a Michel Cermak, Bruselas, 7 de diciembre de 2017, Ref. Ares (2017) 5993627, disponible en [https://ec.europa.eu/carol/?fuseaction=download&documentId=090166e5b6f4d241&title=CM\\_signed%20-%20Cermak.pdf](https://ec.europa.eu/carol/?fuseaction=download&documentId=090166e5b6f4d241&title=CM_signed%20-%20Cermak.pdf).

<sup>13</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, “Sobre la acreditación de ONG’s a la Conferencia Ministerial de la OMC en Buenos Aires”, Información para la Prensa N°: 558/17 (2 de diciembre de 2017), disponible en <http://web.archive.org/web/20171207012121/http://www.mrecic.gov.ar/en/node/253132>.

<sup>14</sup> El comunicado inicial sostenía que “la organización de la Conferencia ya ha acreditado para el evento de Buenos Aires a 213 ONG’s que conforman un núcleo de 593 personas, mientras que sólo 60 inscriptos por 18 ONG’s no lo han sido. El número de acreditados duplica la cantidad que han participado de las últimas cuatro Conferencias Ministeriales. En el Centro Cultural Kirchner se ha reservado espacio para las actividades específicas de las ONG’s participantes en la Conferencia de Buenos Aires, de manera que puedan presentar sus propuestas, críticas y/o sugerencias con la mayor libertad y que sus opiniones sean oídas por los delegados. En la República Argentina la sociedad civil tiene una vigorosa participación a través de las más diversas formas de organización, en todos los aspectos de la vida nacional. Es una tradición argentina, que cualquier extranjero puede advertir en esta capital o en otros lugares del país con manifestaciones que expresan su apoyo o desacuerdo con eventos variados, o con políticas gubernamentales, así como con hechos de interés general para la comunidad” (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, “Sobre la acreditación de ONG’s a la Conferencia Ministerial de la OMC en Buenos Aires”, Información para la Prensa N°: 558/17 (2 de diciembre de 2017), disponible en <http://web.archive.org/web/20171207012121/http://www.mrecic.gov.ar/en/node/253132>). En un comunicado posterior, el ministerio sostuvo que “el Gobierno argentino se congratula en que ésta Conferencia de la OMC sea la que duplica en número la cantidad de ONGS inscriptas en las últimas cinco Conferencias de dicha organización” (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, “Comunicado de prensa”, Información para la Prensa N°: 573/17 (10 de diciembre de 2017), disponible en <https://cancilleria.gob.ar/es/actualidad/comunicados/comunicado-de-prensa-44>). En el mismo sentido se pronunció Susana Malcorra, excanciller y organizadora de la conferencia: se aprobó el ingreso de 600 personas, “una cifra que dobla el número histórico que ha participado en cualquiera de las

Estas reacciones a la decisión de las autoridades de seguridad argentinas son una prueba bastante clara, en mi opinión, de la emergencia de un derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional, como el que defendí a lo largo de la tesis. Mientras que en otra época nadie se hubiera alarmado por restricciones como las impuestas por Argentina, hoy en día las reacciones son unánimes y generalizadas: salvo ciertas situaciones muy excepcionales (por ejemplo, temores fundados de que puedan ser protagonistas de hechos de violencia), los Estados y las organizaciones internacionales deben garantizar el derecho de las y los activistas a estar presentes y a hacer oír su voz en este tipo de cumbres globales.

No obstante, lo que ocurrió en esa cumbre en Buenos Aires también sirve para entender el potencial y los límites de este derecho o, al menos, de la versión de este derecho que es reconocida hoy en día por la comunidad internacional. En lo que refiere, primero, (i) al *acceso*, vimos que el balance fue agri dulce. Por un lado, ya no parece admisible que se excluya abiertamente a las organizaciones de estos eventos, y los gobiernos necesitan satisfacer estándares exigentes de justificación para poder evitar que concurren. Pero, por otro lado, no existen aún suficientes mecanismos institucionales que permitan asegurar el ejercicio del derecho sin inconvenientes, lo que significa que todavía existe un alto grado de arbitrariedad en las posibilidades de participación.

El caso de la conferencia ministerial de la Argentina también sirve para ilustrar las luces y sombras en lo que refiere a la disponibilidad de las (ii) *garantías necesarias para la participación*. Fueron numerosas las organizaciones presentes en Buenos Aires (593 personas, representando a 213 asociaciones, según el gobierno argentino<sup>15</sup>), y es indiscutible que lograron hacer oír su voz, por ejemplo, llevando a cabo protestas públicas en el hall mismo del hotel donde estaban trabajando las y los diplomáticos, e

---

conferencias anteriores”. “Quedaron al margen unas 18 ONG y 60 personas. Esto generó un pedido revisión de algunas organizaciones, cosa que se hizo. Eso agregó al número habilitado alrededor de 18 personas. Todo fue hecho en función de la responsabilidad de las partes que evalúan los aspectos de seguridad y con los criterios que esas áreas tienen fijados para su trabajo. El proceso fue transparente. Lamento que esto ocurra y que capte la atención como la ha captado” (citado en BARREIRO, Ramiro, “Argentina blindo la cumbre de la OMC e impide el acceso a 60 activistas”, *El País*, Madrid (10 de diciembre de 2017), disponible en [https://elpais.com/internacional/2017/12/09/argentina/1512844798\\_116508.html?id\\_externo\\_rsoc=TW\\_A\\_M\\_CM](https://elpais.com/internacional/2017/12/09/argentina/1512844798_116508.html?id_externo_rsoc=TW_A_M_CM)).

<sup>15</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, “Sobre la acreditación de ONG’s a la Conferencia Ministerial de la OMC en Buenos Aires”, Información para la Prensa N°: 558/17 (2 de diciembre de 2017), disponible en <http://web.archive.org/web/20171207012121/http://www.mrecic.gov.ar/en/node/253132>.



interactuando con ellos en los pasillos, y en algunas salas de reunión<sup>16</sup>. El gobierno anfitrión destinó un imponente edificio a alojar a las y los activistas, donde tuvieron cómodos espacios para trabajar y para realizar paneles con amplia libertad de expresión<sup>17</sup>. Pero, pese a ello, el impacto real de todas estas facilidades fue relativamente magro, por varias razones. Una de ellas fue que el acceso al centro de ONGs estuvo restringido a aquellas personas acreditadas para la conferencia, minimizando el contacto de las organizaciones con la sociedad, y limitando su accionar al micro mundo de la conferencia. Otra razón, muy significativa, fue que el centro de ONGs estaba ubicado a varias cuadras del hotel de la conferencia, separado de este por al menos tres controles de seguridad, repletos de gendarmes portando armas largas. El resultado: pasillos y salas vacías en el centro de ONGs, con toda la actividad concentrada en el hotel, donde las facilidades para las organizaciones eran muchas menos.

Sin perjuicio de estos sinsabores, lo más problemático de lo ocurrido en Buenos Aires probablemente haya sido (3) *la insuficiente interacción deliberativa entre la sociedad civil y quienes estaban a cargo de la toma de decisiones*. Esto no se debió tanto a las limitaciones en las oportunidades de acceso, o en las garantías para las organizaciones, sino más bien a que -como todo el mundo sabía por esos días- lo que estaba ocurriendo en el hotel donde los Estados se reunían sencillamente no era tan significativo. Casi todas las negociaciones de la conferencia fueron consideradas un (esperado) fracaso<sup>18</sup>, y como tales, un ejemplo notable de la progresiva erosión de las instituciones multilaterales clásicas, y su reemplazo por mecanismos menos formalizados, o directamente informales,

---

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, NIEBESKIWIAT, Natasha, “Conferencia de la OMC: al final, las ONG's protestaron en el lobby del hotel Hilton”, *Clarín*, Buenos Aires (11 de diciembre de 2017), disponible en [https://www.clarin.com/politica/conferencia-omc-final-ongs-protestaron-lobby-hotel-hilton\\_0\\_SkTQnBnbM.html](https://www.clarin.com/politica/conferencia-omc-final-ongs-protestaron-lobby-hotel-hilton_0_SkTQnBnbM.html).

<sup>17</sup> El gobierno destinó a tal efecto el Centro Cultural Kirchner, que fue preparado para la ocasión: contaba con diversas salas de reunión, zonas de trabajo, salas de prensa, buena conexión a internet, computadoras, entre otros servicios. Había, además, una importante cantidad de personal contratado por el gobierno argentino para satisfacer cualquier necesidad que pudiera surgir.

<sup>18</sup> Véase, por ejemplo, COHEN, Luc y LAWDER, David, “WTO meeting ends in discord, ministers urge smaller-scale trade talks”, *Reuters*, Buenos Aires/Washington, D.C. (13 de diciembre de 2017), disponible en <https://www.reuters.com/article/us-trade-wto/wto-meeting-ends-in-discord-ministers-urge-smaller-scale-trade-talks-idUSKBN1E71IJ>; MEHTA, Pradeep y CHATTERJEE, Bipul, “Failure of Latest WTO Summit Reveals an Alarming Global Indifference to Multilateralism”, *The Wire*, Nueva Delhi (25 de diciembre de 2017), disponible en <https://thewire.in/business/wto-summit-failure-multilateralism>; Dodwell, David, “Will Asia’s push for globalisation be the beacon of light in these dark days of rising protectionism?”, *South China Morning Post*, Hong Kong (15 de diciembre de 2017), disponible en <https://www.scmp.com/business/global-economy/article/2124445/will-asias-push-globalisation-be-beacon-light-these-dark>.



de toma de decisiones<sup>19</sup>. Este cambio significativo en el panorama de las relaciones internacionales (y, especialmente, en los mecanismos de creación de derecho internacional que prevalecieron en los últimos sesenta años) es sin dudas multicausal<sup>20</sup>, pero es al menos coincidente con el reconocimiento del derecho a la participación y el avance en las exigencias de transparencia a los Estados, ambas más fáciles de exigir en un contexto de creación formal de derecho.

La pregunta, entonces, es en qué medida la identificación de un derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional como el que defendí en esta tesis nos acerca realmente a los mecanismos institucionales ideales que querríamos ver plasmados en una democracia global. A lo largo de este trabajo, he defendido la idea de que la sociedad civil puede operar como “correa de transmisión” entre las discusiones que se dan en estos foros especializados y las que tienen lugar en las esferas públicas globales. Las y los ciudadanos del mundo preocupados por lo que ocurre en estos espacios pueden involucrarse activamente en el proceso a través de una organización o, más fácilmente, participando en la deliberación pública estimulada por el accionar de estos grupos. Pero también sostuve, especialmente en el capítulo 8, que el desarrollo de una verdadera “democracia global” requiere, además de espacios de *participación* para la sociedad civil, mecanismos adecuados de *representación* igualitaria de los individuos. Para que podamos afirmar que el orden global se ha vuelto más democrático, entonces, el reconocimiento de un derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional debe venir acompañado por urgentes reformas en los -muy deficientes<sup>21</sup>- mecanismos de representación de los individuos en la esfera

---

<sup>19</sup> El contraste entre lo ocurrido en la conferencia ministerial de la OMC en Buenos Aires y el proceso de negociación del TPP es bastante ilustrativo a este respecto, particularmente porque ambos asumieron como propósito “contribuir a darle forma al carácter de la economía global” (como dijo el vicepresidente estadounidense, Joe Biden, respecto del TPP - véase BENVENISTI, 2016, p. 58). A medida que las oportunidades de participación de la sociedad civil se incrementaron en el marco de la OMC, los Estados fueron vaciándolo de contenido, y llevando las decisiones a foros en los cuales pudieron guardar silencios formales respecto del acceso de personas como Zahara Heckscher. Más ilustrativo aún es el caso del proyecto de orden internacional reflejado en el proyecto *One Belt, One Road* (“un cinturón, un camino”), del gobierno chino de Xi Jinping. En ese caso, los mecanismos regulatorios no solamente escapan las limitaciones impuestas por derechos como el que defiende en esta tesis, sino que directamente evaden al derecho (o al menos, el derecho público) como mecanismo de gobernanza, con lo que ello implica.

<sup>20</sup> Para un estudio de este giro, véase KINGSBURY, MERTENSKÖTTER, STEWART, & STREINZ, 2018, y más generalmente, KINGSBURY, STEWART, ET AL., 2018. Para un acertado análisis de las preocupaciones democráticas que esto conlleva, véase BENVENISTI, 2016.

<sup>21</sup> Véase la sección II.1.1 del capítulo 8.

global. Para ello, como vimos, hay quienes abogan por aceptar el rol que los Estados ya cumplen en este proceso -por ejemplo, incrementando la participación de los parlamentos nacionales-, y hay quienes proponen la creación de instituciones directamente representativas más allá de los Estados. No he tomado partido en esta tesis por ninguna de estas estrategias, aunque creo que, probablemente, lo mejor sea una combinación de ambas. Lo que importa aquí, en todo caso, es que, sin mecanismos apropiados de rendición de cuentas electoral, la influencia que puede llegar a lograr la sociedad civil con su participación, si bien puede ser importante, será siempre insuficiente para catalogar al sistema como democrático.

Considerando estas reflexiones y estos desarrollos recientes en las relaciones internacionales, creo que el argumento de la tesis puede ser criticado desde dos ángulos muy distintos. De un lado, algunas y algunos dirán que mi propuesta es insuficientemente ambiciosa, y que se queda corta de lo que verdaderamente necesitamos, que son reformas a los mecanismos representativos que aseguren la democracia global. La participación de la sociedad civil puede ser un desarrollo valioso, dirán, pero es un mero maquillaje sin reformas más profundas al sistema representativo. Al mismo tiempo, desde el otro lado, algunas y algunos sostendrán que mis ideas son excesivamente románticas, que los Estados nunca aceptarán lo que sostengo aquí, y que es extremadamente improbable que el reconocimiento de un derecho tenga cualquier impacto práctico.

Para un académico que trabaja con el derecho internacional, estas críticas no son sorprendentes<sup>22</sup>. De hecho, es probable que ambas sean acertadas: mi posición es, al mismo tiempo, *apologética* -como dirían los críticos ambiciosos- y *utópica* -como me llamarían los críticos conservadores-. Como ha venido explicando desde hace ya largos años Martti Koskeniemi, un elemento definitorio del derecho internacional es su continuo e implausible compromiso con estos dos fines contradictorios<sup>23</sup>: por un lado, es

---

<sup>22</sup> Quizás tampoco lo sean para ciertos filósofos y filósofas trabajando en lo que se conoce como “utopías realistas” (un género muy frecuentado en lo que hace al orden global; por ejemplo, DWORKIN, 2013; HABERMAS, 2001, 2008; RAWLS, 1999). Cristina Lafont sostiene que “[m]ientras que, aisladas, las visiones realistas y utópicas tienden a encontrar cierto equilibrio entre quienes las apoyan y quienes las critican, las utopías realistas tienden a decepcionar a todo el mundo. Los idealistas fácilmente detectan y suelen lamentar las concesiones realizadas a los fines de un realismo descriptivo, y los realistas rápidamente identifican e inmediatamente denuncian cualquier resto utópico de la visión, sin perjuicio de cuán bien escondidos estén” (LAFONT, 2009, p. 257).

<sup>23</sup> Véase, centralmente, KOSKENIEMI, 2005, pero también, entre otros, KENNEDY, 1987; KOSKENIEMI, 1990, 2007.

respetuoso de cierta soberanía de los Estados, y rastrea toda norma en última instancia a su consentimiento, como hice en esta tesis, y por otro, necesita de argumentos normativos no conectados con esta voluntad estatal para justificar su validez, como también hice en esta tesis. Todo argumento jurídico en derecho internacional oscila entre estos dos extremos, sin lograr librarse de ninguno de los dos. De lo contrario, si no rastreara el consentimiento de los Estados, dejaría de ser un argumento jurídico, y pasaría a ser pura filosofía política; y si no se asentara en razones normativas para afirmar la validez, tampoco sería derecho, sino pura *realpolitik*.

Por este motivo, tomo estas críticas como lo que son: una parte inherente del proyecto de estudiar lo que ocurre en el sistema jurídico internacional desde el barro mismo del propio sistema. Lo que marca el simultáneo éxito y fracaso parcial de mi trabajo es el diseño original del proyecto. El plan nunca fue delinear cómo sería una democracia global ideal, ni tampoco identificar cuáles son las dinámicas reales en lo que hace al rol de la sociedad civil en estos procesos. El plan fue uno que, creo, como dije, requiere una perspectiva intermedia, que es la del derecho internacional, oscilando constantemente entre un extremo y el otro, y susceptible, por lo tanto, a críticas desde uno y otro extremo. No obstante, pese a que estas críticas son inevitables, creo que a lo largo de la tesis presenté argumentos suficientes para defender el punto de balance entre apología y utopía que entiendo adecuado a partir del Estado actual del derecho internacional. Para ponerlo en otras palabras, creo que logré explicarles a los críticos ambiciosos por qué la práctica actual de la comunidad internacional no permite demandar más, y que logré explicarles a los críticos conservadores por qué no estamos demandando tanto.

Quiero cerrar volviendo al caso de Zahara Heckscher, y de su demanda de ser escuchada en el contexto de las negociaciones del TPP<sup>24</sup>. He tratado de sugerir a lo largo de la tesis que el problema central, en procesos como este, no es (exclusivamente) que el contenido de tratados como el TPP pueda afectar el derecho a la salud de personas como Zahara. La protección de este derecho puede ser el objetivo último, pero dado que podemos tener desacuerdos en cuanto a cómo llevarla a cabo, la pregunta crucial es cuál será el proceso por el cual se tome esta decisión. Mi sugerencia, en esta tesis, es que el derecho internacional actual establece una obligación de que este proceso incluya, de algún modo, las voces de las personas como Zahara. Creo que esto es así porque la

---

<sup>24</sup> Véase el capítulo 1 de la tesis.

comunidad internacional se ha comprometido a ello, y creo que esto es así porque es lo que corresponde, porque es la única forma de que el resultado de la discusión -sea cual sea- sea legítimo. Pero, además, creo que esto es así porque confío en que, si nos tomamos el tiempo de escuchar lo que las personas como Zahara tienen para decir, quizás logren convencernos de que sigamos su ejemplo, quizás ganemos en empatía, y quizás hagamos del mundo, de ese modo, un lugar un poco mejor.

# ANEXO 1: RESULTADOS DEL ESTUDIO DE LAS REGLAS DE PROCEDIMIENTO RESPECTO DE LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA CREACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CAPÍTULO 5)

## 1. CONFERENCIAS MULTILATERALES DE CREACIÓN DE TRATADOS

#	Año	Conferencia	1. Acceso		2. Garantías				3. Voz	
			Acceso	Justificación	Acceso a los edificios	Acceso a las reuniones	Acceso a los docs.	Financiamiento	Oral	Escrita
01	1958	Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (UNCLOS) <sup>1</sup>	No	No	No	No	No	No	No	No
02	1968	Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados (CVDT) <sup>2</sup>	No	No	No	No	No	No	No	No
03	1975	Conferencia de Naciones Unidas sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con Organizaciones Internacionales <sup>3</sup>	No	No	No	No	No	No	No	No
04	1977	Conferencia de Naciones Unidas sobre Sucesión de Estados en relación a Tratados <sup>4</sup>	No	No	No	No	No	No	No	No
05	1978	Conferencia de Naciones Unidas sobre el Establecimiento de la Organización de Desarrollo Industrial de las Naciones Unidas (UNIDO) como una Agencia Especializada <sup>5</sup>	No	No	No	No	No	No	No	No

<sup>1</sup> Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, Registros Oficiales, Volumen II: Reuniones Plenarias, Reglas de Procedimiento (24 de febrero-27 de abril de 1958), U.N. Doc. A/CONF.13/38pp. xxxi-xxxvi.

<sup>2</sup> Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados, Registros Oficiales, Reglas de Procedimiento (26 de marzo-24 de mayo de 1968), U.N. Doc. A/CONF.39/11, pp. xxvi-xx.

<sup>3</sup> Conferencia de Naciones Unidas sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con Organizaciones Internacionales, Registros Oficiales, Volumen I, Reglas de Procedimiento (4 de febrero-14 de marzo de 1975), U.N. Doc. A/CONF.67/18, pp. xix-xxiv.

<sup>4</sup> Conferencia de Naciones Unidas sobre Sucesión de Estados en relación a Tratados, Reglas de Procedimiento (4 de abril-6 de mayo de 1977), U.N. Doc. A/CONF.80/8.

<sup>5</sup> Conferencia de Naciones Unidas sobre el Establecimiento de la Organización de Desarrollo Industrial de las Naciones Unidas (UNIDO) como una Agencia Especializada, Reglas de Procedimiento (24 de febrero de 1978), U.N. Doc. A/CONF.90/8.

06	1978	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías <sup>6</sup>	Sí (Regla 58)	No	Sí	Sí (Regla 58)	Sí (inferido)	No	Sí (Regla 58)	Sí (Regla 59)
07	1978 - 1980	Conferencia de Naciones Unidas sobre Prohibiciones o Restricciones al Uso de Ciertas Armas Convencionales que puedan ser Consideradas Excesivamente Dañinas o tener Efectos Indiscriminados <sup>7</sup>	Sí (Regla 60)	No	Sí	Sí (Regla 60)	Sí (inferido)	No	Sí (Regla 60)	Sí (Regla 61)
08	1983	Conferencia de Naciones Unidas sobre Sucesión de Estados respecto de Propiedad Estatal, Archivos y Deudas <sup>8</sup>	No	No	No	No	No	No	No	No
09	1984	Conferencia de Naciones Unidas sobre las Condiciones de Registro de Buques <sup>9</sup>	Sí (Regla 66)	No	Sí	Sí (Regla 66)	Sí (inferido)	No	Sí (Regla 66)	Sí (Regla 67)
10	1985	Conferencia de Naciones Unidas de Plenipotenciarios respecto de la Protección de la Capa de Ozono <sup>10</sup>	No	No	No	No	No	No	No	No
11	1986	Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Organizaciones Internacionales <sup>11</sup>	No	No	No	No	No	No	No	No
12	1988	Convención contra el Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas y Sustancias Psicotrópicas <sup>12</sup>	Sí (Regla 68)	No	Sí	Sí (Regla 68)	Sí (inferido)	No	Sí (Regla 68)	Sí (Regla 69)
13	1991	Conferencia de Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de Operadores	No	No	No	No	No	No	No	No

<sup>6</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, Reglas de procedimiento provisionarias (13 de septiembre de 1978), U.N. Doc. A/CONF.89/3/Rev.1.

<sup>7</sup> Conferencia de Naciones Unidas sobre Prohibiciones o Restricciones al Uso de Ciertas Armas Convencionales que puedan ser Consideradas Excesivamente Dañinas o tener Efectos Indiscriminados, Reglas de procedimiento provisionarias (1 de agosto de 1978), U.N. Doc. A/CONF.95/CONF.2.

<sup>8</sup> Conferencia de Naciones Unidas sobre Sucesión de Estados respecto de Propiedad Estatal, Archivos y Deudas, Reglas de Procedimiento (1 de marzo-8 de abril de 1983), U.N. Doc. A/CONF.117/8.

<sup>9</sup> Conferencia de Naciones Unidas sobre las Condiciones de Registro de Buques, Reglas de procedimiento (18 de julio de 1984), U.N.Doc. TD/RS/CONF/8.

<sup>10</sup> Conferencia de Naciones Unidas de Plenipotenciarios respecto de la Protección de la Capa de Ozono, Reglas de procedimiento provisionarias (11 de enero de 1985), U.N. Doc. UNEP/IG.53/2.

<sup>11</sup> Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Organizaciones Internacionales, Reglas de procedimiento (18 de febrero-21 de marzo de 1986), U.N. Doc. A/CONF.129/7.

<sup>12</sup> Convención contra el Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas y Sustancias Psicotrópicas, Registros oficiales, Volumen I, Reglas de procedimiento (25 de noviembre-20 de diciembre de 1988), U.N. Doc. E/CONF.82/16, pp. 45-53.

		de Terminales de Tránsito en el Comercio Internacional <sup>13</sup>								
14	1992	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo <sup>14</sup>	Sí (Regla 65)	Sí (Res. 46/168)	Sí	Sí (Regla 65)	Sí (inferido)	No	Sí (Regla 65)	Sí (Regla 67)
15	1993	Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y la Organización Marítima Internacional sobre un proyecto de convención sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval <sup>15</sup>	Sí (Regla 67)	Sí (Res. 46/213)	Sí	Sí (Regla 67)	Sí (inferido)	No	Sí (Regla 67)	Sí (Regla 68)
16	1998	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el arresto de buques <sup>16</sup>	Sí (Regla 66)	Sí (idem que el anterior <sup>17</sup> )	Sí	Sí (Regla 66)	Sí (inferido)	No	Sí (Regla 66)	Sí (Regla 67)
17	1998	Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre el	Sí (Res. 52/160 ; Regla 63)	Sí (Res. 52/160 ; Regla 63)	Sí (Res. 52/160)	Sí (Regla 64)	Sí (Regla 63)	Algunas <sup>19</sup>	Sí (Regla 63)	Sí (Regla 64)

<sup>13</sup> Conferencia de Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de Operadores de Terminales de Tránsito en el Comercio Internacional, Registros Oficiales (2 de abril-19 de abril de 1991), U.N. Doc. A/CONF. 152/14, pp. 4-12.

<sup>14</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Res. A.G. 46/168 (19 de diciembre de 1991), U.N. Doc. A/RES/46/168; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Reglas de procedimiento provisionales (30 de abril de 1992), U.N. Doc. A/CONF.151/2.

<sup>15</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A.G. 46/213, *Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y la Organización Marítima Internacional sobre un proyecto de convención sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval* (20 de diciembre de 1991), U.N. Doc. A/RES/46/213, párrafo 3.g (“Las organizaciones no gubernamentales directamente afectadas que tengan estatus consultivo con la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo y la Organización Marítima Internacional, que deben ser representadas por observadores en la Conferencia”); Conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas y la Organización Marítima Internacional para la elaboración de un Convenio sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, Reglas de Procedimiento de la Conferencia, (22 de diciembre de 1992), U.N. Doc. A/CONF.162/2.

<sup>16</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el arresto de buques, Reglas provisionales de procedimiento de la Conferencia (19 de noviembre de 1998), U.N. Doc. A/CONF.188/2

<sup>17</sup> Conferencia Diplomática de las Naciones Unidas y la Organización Marítima Internacional sobre el Arresto de Buques – resolución de la Asamblea General 52/182, Nota de la Secretaría (16 de febrero de 1998), U.N. Doc. TD/B/EX(16)/4, par. 3 (“Dado que la Asamblea General no precisó las medidas que habían de adoptarse para la celebración de la Conferencia, la Junta de Comercio y Desarrollo tal vez desee tomar como orientación las medidas adoptadas para la anterior Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y la Organización Marítima Internacional sobre un proyecto de convención sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, celebrada en Ginebra en 1993 de conformidad con la resolución 46/213 de la Asamblea General. Se sugiere que en la Conferencia sobre el embargo preventivo de buques que se propone se siga el mismo plan adoptado para la anterior Conferencia de las Naciones Unidas y la OMI, salvo en lo concerniente a su duración, que no sería de tres semanas, sino de dos”). Esta nota fue después ratificada por la Junta de la UNCTAD, véase Informe de la Junta de Comercio y Desarrollo en su decimosexta sesión ejecutiva (9 de abril de 1998), U.N. Doc. TD/B/EX(16)/6, párrafo 96.

<sup>19</sup> Pese a que no hubo una cláusula específica respecto del financiamiento, numerosos gobiernos colaboraron en los esfuerzos de la Coalición para la CPI (véase <http://www.iccnw.org/?mod=supporters>).

		Establecimiento de una Corte Penal Internacional <sup>18</sup>								
18	2008	Conferencia Diplomática para la Adopción de una Convención sobre Municiones en Racimo <sup>20</sup>	Sí (Regla 1)	No (discreción del gob. irlandés)	No	No	No	No	No	No
19	2012	Conferencia de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas <sup>21</sup>	Sí (Regla 63)	Sí (Regla 63.a y 63.b <sup>22</sup> )	Sí (Regla 63.c)	Sí (Regla 63.c)	Sí (Regla 15.b)	No	Sí (Regla 63.d)	Sí (Regla 63.e-f)

<sup>18</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A.G. 52/160, *Establecimiento de una Corte Penal Internacional* (15 de diciembre de 1997), U.N. Doc. A/52/651, párrafo 9 (“Pide además al Secretario General que invite a las organizaciones no gubernamentales acreditadas por el Comité Preparatorio, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones de la sección VII de la resolución 1996/31 del Consejo Económico y Social, de 25 de julio de 1996, y en particular la pertinencia de sus actividades para la labor de la Conferencia, a que participen en la Conferencia a tenor de la práctica seguida en el Comité Preparatorio, en el entendimiento de que participar quiere decir asistir a las sesiones plenarias y, salvo que la Conferencia decida otra cosa en situaciones concretas, a las sesiones oficiales de sus órganos subsidiarios, excepto el grupo de redacción, recibir ejemplares de los documentos oficiales, poner su documentación a la disposición de los delegados e intervenir, mediante un número limitado de sus representantes, en las sesiones de apertura y/o de clausura, según proceda, de conformidad con el reglamento que apruebe la Conferencia”); Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Reglas de procedimiento (15 de junio-17 de julio de 1998), U.N. Doc. A/CONF.183/6.

<sup>20</sup> Carta de fecha 13 de octubre de 2008 dirigida al Presidente de la Primera Comisión por el Representante Permanente de Irlanda ante las Naciones Unidas, Apéndice, Documento Final de la Conferencia Diplomática para la Adopción de una Convención sobre Municiones en Racimo, Reglas de Procedimiento (3 de noviembre de 2008), U.N. Doc. A/C.1/63/5, pp. 9-22, artículo 1 (“Podrán asistir a la Conferencia en calidad de observadores el Secretario General de las Naciones Unidas, el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, así como otros programas y agencias de las Naciones Unidas para los que la Conferencia tenga relevancia, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, organizaciones intergubernamentales regionales y la Coalición contra las Municiones en Racimo”; “Podrán asistir a la Conferencia en calidad de observadores aquellos otros Estados que hayan sido invitados por el Gobierno de Irlanda”).

<sup>21</sup> Conferencia de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas, Reglamento provisional de la Conferencia (7 de marzo de 2012), U.N. Doc. A/CONF.217/L.1.

<sup>22</sup> *Ibid.*, artículo 63: “En relación con la asistencia de las organizaciones no gubernamentales a la Conferencia, podrán asistir: a) Las organizaciones no gubernamentales pertinentes reconocidas como entidades de carácter consultivo por el Consejo Económico y Social de conformidad con lo dispuesto en la resolución 1996/31 del Consejo, de 25 de julio de 1996. Esas organizaciones no gubernamentales deberán comunicar al Presidente de la Conferencia su interés en asistir; b) Otras organizaciones no gubernamentales interesadas, con competencia en el ámbito y la finalidad de la Conferencia, siempre que las solicitudes de asistencia se presenten al Presidente de la Conferencia y vayan acompañadas de información sobre los propósitos, los programas y las actividades de la organización en esferas pertinentes al ámbito de la Conferencia. Posteriormente, el Presidente de la Conferencia proporcionará a la Conferencia una lista de esas organizaciones no gubernamentales para que la examine con arreglo al procedimiento de no objeción”.



## 2. CREACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DENTRO DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES (INCLUYENDO ADOPCIÓN DE TRATADOS, CREACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL INSTITUCIONAL, Y ESTABLECIMIENTO DE PRÁCTICA PARA EL SURGIMIENTO DE COSTUMBRE INTERNACIONAL)

#	Año	OI/Agencia	1. Acceso		2. Garantías				3. Voz	
			Acceso	Justificación	Acceso a los edificios	Acceso a las reuniones	Acceso a los docs.	Financiamiento	Oral	Escrita
01	2001	Comisión del Codex Alimentario <sup>23</sup>	Sí (Regla VII.4; Ppio. 3)	Sí (Ppio. 4; 6)	Sí (Ppio. 5)	Sí (Ppio. 5)	Sí (Ppio. 5)	No	Sí (Ppio. 5)	Sí (Ppio. 5)
02	2004	Conferencia de Desarme <sup>24</sup>	Sí (Decisión, 1)	Sí (Decisión, 5)	Sí (Decisión, 1)	Sí (Decisión, 1)	Sí (Decisión, 2)	No	Sí (Decisión, 4-5)	Sí (Regla 42, Decisión, 3)
03	2013	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) <sup>25</sup>	Sí (Política 4)	Sí (Políticas 5-16)	Sí (Política 19)	Sí (Política 19)	Sí (Política 19)	No	Sí (Política 19)	Sí (Política 19)
04	1959	Organismo Internacional de Energía Atómica <sup>26</sup>	Sí (Regla 2)	Sí (Regla 9-13)	Sí (Regla 4)	Sí (Regla 3)	Sí (Regla 4)	No	Sí (Regla 3)	Sí (Regla 3)
05	2008	Organización de Aviación Civil Internacional <sup>27</sup>	Sí (Regla 5 <sup>28</sup> )	No	Sí (Regla 25)	Sí (Regla 25)	Sí (Regla 25)	No	Sí (Regla 25)	No
06	1990	Organización Internacional del Trabajo <sup>29</sup>	Sí (Regla 1 - 1948)	Sí (Reglas 3-6 - 1948;	Sí (Regla 5 - 1990)	Sí (Regla 5 - 1990)	Sí (Regla 5 - 1990)	No	Sí (Regla 5 - 1990)	Sí (Regla 5 - 1990)

<sup>23</sup> Comisión del Codex Alimentario, Manual de procedimientos, Doceava edición (2001), pp. 7-17, Principios respecto de la participación de organizaciones internacionales no gubernamentales en el trabajo de la Comisión del Codex Alimentario, pp. 54-59.

<sup>24</sup> Reglamento de la Conferencia de Desarme (19 de diciembre de 2003), U.N. Doc. CD/8/Rev.9; y, también, Acta definitiva de la 946a Sesión Plenaria, Decisión respecto al mejoramiento de la relación con la sociedad civil en el trabajo de la Conferencia (12 de febrero de 2004), U.N. Doc. CD/PV.946, p. 11.

<sup>25</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), Resolución No. 39/57, Establecimiento de un estatus de enlace para las organizaciones no gubernamentales internacionales, Textos Básicos de la FAO, Vol. II (2013), pp. 166-172.

<sup>26</sup> OIEA, Reglas sobre el estatus consultivo de organizaciones no gubernamentales con el Organismo (7 de noviembre de 1959), U.N. Doc. INFCIRC/14.

<sup>27</sup> OACI, Reglas vigentes de procedimiento de la Asamblea de la Organización de Aviación Civil Internacional (2008), Doc. 7600/6.

<sup>28</sup> Pese a que la regla 5 no menciona a las organizaciones no gubernamentales, sino a las “organizaciones internacionales”, la Organización ha interpretado sistemáticamente esta regla incluyendo a las organizaciones no gubernamentales internacionales. Véase, por ejemplo, el Apéndice A al Doc. ANSConf-WP/2 (12 de diciembre de 1999), incluyendo el Consejo Internacional de Dueños de Aeronaves y las Asociaciones de Pilotos, la Federación Internacional de Asociaciones de Carga bajo la categoría “Organizaciones Internacionales”.

<sup>29</sup> Reglas aplicables a organizaciones no gubernamentales internacionales con estatus consultivo general, resolución adoptada por el Órgano de Gobierno en su 105ª Sesión (14 de junio de 1948), Doc. GB.105; y también, Órgano de Gobierno, 132ª Sesión, sexto ítem en agenda: establecimiento de una lista especial de organizaciones internacionales no gubernamentales, modificada en la 245ª Sesión (1 de marzo de 1990).

				Reglas 8-9 - 1990)			7 - 1948)		8 - 1990)	14 - 1990)
07	2015	Fondo Monetario Internacional y Grupo Banco Mundial <sup>30</sup>	Sí (Directriz 24)	Sí (Sitio web <sup>31</sup> )	Sí (Directriz 24)	Sí (Directriz 24)	Sí (Directriz 24)	Sí (Directriz 24)	Sí (Directriz 25)	No
08	2013	Organización Marítima Internacional <sup>32</sup>	Sí (Regla 1)	Sí (Reglas 3-5, 9-10)	Sí (Regla 7)	Sí (Regla 7)	Sí (Regla 6)	No	Sí (Regla 7)	Sí (Regla 6)
09	2008	ONUSIDA <sup>33</sup>	Sí (Término B.2)	Sí (Términos G-M)	Sí (Término B.5)	Sí (Término B.5)	Sí (Término B.5)	Sí (Término N)	Sí (Término B.5)	Sí (Término B.5)
10	2010	Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) <sup>34</sup>	Sí (Reglas 9-10; Nota Sec. 44)	Sí (Reglas 9-10; Nota Sec. 44)	Sí (Reglas 9-10; Nota Sec. 44)	Sí (Reglas 9-10; Nota Sec. 44)	Sí (Nota Sec. 46)	No	Sí (Nota Sec. 49, 52, 55)	Sí (Nota Sec. 59)
11	1989	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) <sup>35</sup>	Sí (Regla 77)	Sí (Regla 77.1; Board, I)	Sí (Regla 77)	Sí (Regla 77)	Sí (Órgano, IV.1)	No	Sí (Regla 77.1)	Sí (Regla 77.2)
12	2001	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) <sup>36</sup>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
13	2012	Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP) <sup>37</sup>	Sí (Regla 69.1)	Sí (Regla 69.1)	Sí (Regla 69.1)	Sí (Regla 69.1)	Sí (Regla 10)	No	Sí (Regla 69.1)	Sí (Regla 69.2)
14	2011	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la	Sí (Directivas I-IV)	Sí (Directivas I-IV)	Sí (Directiva VI.1.j)	Sí (Directiva VI.1.c-g)	Sí (Directiva VI.1.a)	Sí (Directiva)	Sí (Directiva)	Sí (Directiva VI.1.i)

<sup>30</sup> Directrices de 2015 sobre la vinculación entre el personal del FMI y las organizaciones de la sociedad civil, disponible en [https://www.imf.org/external/np/exr/consult/2015/civilsociety/pdf/CSOs\\_Guidelines.pdf](https://www.imf.org/external/np/exr/consult/2015/civilsociety/pdf/CSOs_Guidelines.pdf).

<sup>31</sup> Véase <http://www.worldbank.org/en/events/2016/04/11/civil-society-policy-forum#4>.

<sup>32</sup> Reglas y principios para el estatus consultivo de organizaciones internacionales no gubernamentales ante la Organización Marítima Internacional, adoptadas por la Asamblea, resolución A.31(II) del 13 de abril de 1961, enmendadas sucesivamente y finalmente aprobadas por la Asamblea en su sesión número veintiocho, del 4 de diciembre de 2013.

<sup>33</sup> Términos de Referencia de la Delegación CCP ONG de ONUSIDA, producida como resultado de la decisión 9.1 tomada en la 20ma reunión (junio de 2007) del Comité de Coordinación del Programa como resultado de la Revisión del año 2006 sobre la participación de las ONGs y la sociedad civil en el Comité de Coordinación del Programa.

<sup>34</sup> Reglas de procedimiento y métodos de trabajo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Propuesta de resumen de conclusiones (4 de junio de 2010), U.N. Doc. A/CN.9/697, Anexo I; y también Reglas de procedimiento de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Nota de la secretaría, Estatus de los observadores (17 de octubre de 2007), U.N. Doc. A/CN.9/638/Add.5.

<sup>35</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Reglas de Procedimiento del órgano de Comercio y Desarrollo (1989), U.N. Doc. TD/B/16/Rev.4, regla; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Decisión del órgano 43 (VII), 20 de septiembre de 1968.

<sup>36</sup> *PNUD y las organizaciones de la sociedad Civil: una política de vinculación* (2001), disponible en [http://www.undp.org/content/dam/undp/documents/partners/civil\\_society/publications/2001\\_UNDP-and-Civil-Society-Organizations-A-Policy-of-Engagement\\_EN.pdf](http://www.undp.org/content/dam/undp/documents/partners/civil_society/publications/2001_UNDP-and-Civil-Society-Organizations-A-Policy-of-Engagement_EN.pdf).

<sup>37</sup> Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP), Decisión 27/1: Nuevas reglas de procedimiento del Consejo de Gobierno (2012), U.N. Doc. UNEP/GC.27/17.

		Ciencia y la Cultura (UNESCO) <sup>38</sup>						a VIII)	VI.1.c-g)	
15	1996	Asamblea General de las Naciones Unidas <sup>39</sup>	Sí <sup>40</sup> (e.g. CICR <sup>41</sup> , SOM <sup>42</sup> )	No	Sí (Arr. 67.f)	Sí (Arr. 67.f)	Sí (Arr. 67.f)	No	No	No
16	1994	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) <sup>43</sup>	Sí (Reglas 50-51)	Sí (Reglas 50-51; Anexo, 2)	Sí (Anexo, 2.3)	Sí (Anexo, 2.3)	Sí (Anexo, 2.3)	No	Sí (Anexo, 2.c)	Sí (Anexo, 2.c)
17	1988	Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (UNIDO) <sup>44</sup>	Sí (Constitución, 19.1.b, Directriz, 12)	Sí (Guidelines, 14-17)	Sí (GC, 30.3.c.; DB, 75.4.c)	Sí (GC, 30.3.c.; DB, 75.4.c)	Sí (DB, 72; GC, 9, 12, 23)	No	Sí (GC, 32; DB, 77)	Sí (DB, 78.2; GC, 33)
18	2007	Comisión de Consolidación de la Paz de Naciones Unidas (UNPBC) <sup>45</sup>	Sí (Guideline, I)	Sí (Guideline, II.A; Anexo I-II)	Sí (Guideline, II.A)	Sí (Guideline, II.A)	Sí (Guideline, I)	No	Sí (Guideline, II.A.1)	Sí (Guideline, II.C)
19	2011	Organización Mundial del Turismo (UNWTO) <sup>46</sup>	Sí (Artículo 2.1, 12)	Sí (Artículo 3)	Sí (Artículo 12)	Sí (Artículo 12)	Sí (Artículo 12)	No	Sí (Regla 25)	No

<sup>38</sup> Directrices respecto de la colaboración de la UNESCO con organizaciones no gubernamentales, adoptadas por la Conferencia General en su sesión número 36 (36 C/Resolución 108).

<sup>39</sup> El Reglamento de la Asamblea General no menciona a las organizaciones de la sociedad civil (véase Reglamento de la Asamblea General, con las enmiendas y adiciones aprobadas por la Asamblea General hasta septiembre de 2007 (2008), U.N. Doc. A/520/Rev.17), pero las reglas del ECOSOC sí incluyen algunas cláusulas relacionadas con este punto (véase Consejo Económico y Social (ECOSOC), Res. 1996/31 (25 de julio de 1996), U.N. Doc. E/RES/1996/31). Véase también WILLETTS, 2000, pp. 196–208.

<sup>40</sup> Véase Lista de Estados no miembros, entidades y organizaciones que han recibido una invitación permanente para participar en calidad de observadores en los períodos de sesiones y en los trabajos de la Asamblea General, Nota de la Secretaría (6 de enero de 2016), U.N. Doc. A/INF/70/5.

<sup>41</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Carácter de observador para el Comité Internacional de la Cruz Roja, en consideración del papel y los mandatos especiales que le confieren los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Res. A.G. 45/6 (16 de octubre de 1990), U.N. Doc. A/RES/45/6.

<sup>42</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Otorgamiento de la condición de observador en la Asamblea General a la Soberana Orden de Malta*, Res. A.G. 48/265 (24 de agosto de 1994), U.N. Doc. A/RES/48/265.

<sup>43</sup> Reglas de Procedimiento del Comité Ejecutivo de UNICEF (20 de mayo de 1994), U.N. Doc. E/ICEF/177/Rev. 6.

<sup>44</sup> Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (1979); Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (UNIDO), Reglas de Procedimiento de la Conferencia General (11 de junio de 1986), U.N. Doc. UNIDO/2; Reglas de Procedimiento del Órgano de Desarrollo Industrial (18 de noviembre de 1988), U.N. Doc. UNIDO/3/Rev.1; Directrices para la relación de UNIDO con Organizaciones Intergubernamentales, Gubernamentales, No Gubernamentales y Otras (12 de diciembre de 1985), Doc. GC.1/Dec.41.

<sup>45</sup> Comisión de Consolidación de la Paz de las Naciones Unidas, Directrices provisionales para la participación de la sociedad civil en las reuniones de la Comisión de Consolidación de la Paz, presentadas por la Presidencia sobre la base de consultas oficiosas (29 de junio de 2007), U.N. Doc. PBC/1/OC/12.

<sup>46</sup> Reglas de Procedimiento del Comité de Miembros Afiliados, adoptadas por la Asamblea General en su decimonovena sesión [resolución 602 (XIX)] en Gyeongju, octubre de 2011; Reglas de procedimiento de la Asamblea General de la Organización Mundial del Turismo, adoptadas por la Asamblea General en su

							lo 2.1.e)			
20	2012	Unión Postal Universal <sup>47</sup>	Sí (RPC, 5; GR, 119)	Sí (GR, 122)	Sí (GR, 123)	Sí (GR, 123)	Sí (GR, 121)	Sí (GR, 119.2)	Sí (RPC, 5.3)	Sí (RPC, 5.3)
21	2014	Programa Mundial de Alimentos de Naciones Unidas (WFP) <sup>48</sup>	Sí (RoPEB, XV.4)	No	Sí (RoPEB, XV.4)	Sí (RoPEB, VIII)	Sí (RoPEB, III.6)	No	No	Sí (GRR, X.2)
22	1979	Organización Mundial de Propiedad Intelectual <sup>49</sup>	Sí (Regla 8.2; Principio i)	Sí (e.g. WIPO Doc. A/55/2)	Sí (Regla 8.2)	Sí (Regla 8.2)	Sí (Regla 8.2)	No	Sí (Regla 24)	No
23	2009	Organización Meteorológica Mundial <sup>50</sup>	Sí (Regla 1)	Sí (Regla 1)	Sí (Regla 2.i)	Sí (Regla 2.i)	Sí (Regla 2.iii)	No	Sí (Regla 2.iii)	Sí (Regla 2.v)
24	2001	Organización Mundial del Comercio <sup>51</sup>	Sí (Procedu re, i)	Sí (Procedure , ii-iii)	Sí (Procedure , i)	Sí (Procedu re, i)	No	No	No	No
25	1996	Consejo Económico y Social (ECOSOC) <sup>52</sup>	Sí (UN Charter, art. 71)	Sí (Reglas 1-26)	Sí (Regla 29)	Sí (Regla 29)	Sí (Regla s 27-28)	No	Sí (Regla 32)	Sí (Regla s 30-31)
26	1996	Comisiones y órganos subsidiaries del Consejo Económico y Social (ECOSOC) <sup>53</sup>	Sí (UN Charter, art. 71)	Sí (Reglas 1-26)	Sí (Regla 35)	Sí (Regla 35)	Sí (Regla s 33-34)	No	Sí (Regla 38)	Sí (Regla 36)
27	1997	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) <sup>54</sup>	Sí (Decisio n, g.i)	Sí (Decision, g.i)	Sí (Decision, g.i)	Sí (Decisio n, g.i)	Sí (Decisi on, g.iii)	No	Sí (Decisi on, g.ii)	Sí (Decisi on, g.iv)
28	2005	Programa de Naciones Unidas para los Establecimientos	Sí (Regla 66)	Sí (Regla 66)	Sí (Regla 66)	Sí (Regla 66)	Sí (Regla s 7.1.e; 31)	No	Sí (Regla 66)	Sí (Regla 67)

segunda sesión [resolución 320(X)] el 23 de mayo de 1977, y enmendadas por la Asamblea General en su décima sesión, en Bali, octubre de 1993.

<sup>47</sup> Unión Postal Universal, Decisiones del Congreso de Doha de 2012, Textos finales de las actas firmadas en Doha y de las decisiones distintas de aquellas enmendando las actas, Regulaciones generales de la Unión Postal Universal y Reglas de procedimiento de los Congresos.

<sup>48</sup> Programa Mundial de Alimentos de Naciones Unidas, Reglamento del Órgano Ejecutivo y Reglas Generales de Procedimiento (enero de 2014).

<sup>49</sup> Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Reglas Generales de Procedimiento, WIPO Doc. 399 (FE) Rev. 3.

<sup>50</sup> Organización Meteorológica Mundial, Acuerdos y acuerdos provisionarios con otras organizaciones internacionales, Documentos Básicos No. 3 (Supl. No. 2 (II.2009)), VI. Estatus consultivo para organizaciones internacionales no gubernamentales.

<sup>51</sup> OMC, Procedimientos sobre registro y participación de organizaciones no gubernamentales de las Conferencias Ministeriales de la OMC, WTO Doc. WT/MIN(01)/INF/3 (10 de mayo de 2001).

<sup>52</sup> Consejo Económico y Social (ECOSOC), Res. 1996/31 (25 de julio de 1996), U.N. Doc. E/RES/1996/31.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Proyecto de Informe de la octava reunión del Comité Permanente (24-26 de junio de 1997) (15 de agosto de 1997), Doc. EC/47/SC/CRP.40, Anexo III, Decisión sobre participación como observadores de las organizaciones no gubernamentales en el trabajo del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado y su Comité Permanente.

		Humanos (UN-HABITAT) <sup>55</sup>								
29	1987	Organización Mundial de la Salud (OMS) <sup>56</sup>	Sí (Artículo 71, Constit. OMS)	Sí (Principios 3-4)	Sí (Principio 6.1.i)	Sí (Principio 6.1.i)	Sí (Principio 6.1.ii)	No	Sí (Principio 6.1.i)	Sí (Principio 6.1.iii)
30	2006	Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas <sup>57</sup>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Sí
31	1983	Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas <sup>58</sup>	No	No	No	No	No	No	No	No
32	2013	Comisión de Medidas Fitosanitarias <sup>59</sup>	Sí (VII.3.ii)	Sí (VII.3.ii)	Sí (VII.4)	Sí (VII.4)	Sí (VII.4)	No	Sí (VII.4)	Sí (VII.4)

### 3. CREACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL EN CONFERENCIAS INTERNACIONALES EN LAS QUE NO SE NEGOCIABAN TRATADOS<sup>60</sup>

#	Año	Conferencia	1. Acceso		2. Garantías				3. Voz	
			Acceso	Justificación	Acceso a los edificios	Acceso a las reuniones	Acceso a los docs.	Financiamiento	Oral	Escrita
01	2015	Conferencia Internacional sobre Financiación del Desarrollo <sup>61</sup>	Sí (Regla 60)	Sí (Regla 60; Res. 1996/31)	Sí (Regla 60)	Sí (Regla 60)	Sí (Regla 15)	No	Sí (Regla 60)	Sí (Regla 67)
02	2015	Cumbre de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable <sup>62</sup>	Sí (Org., 7-9)	Sí (Org., Anexo IV)	Sí (Arrangements, 22-23)	Sí (Arrangements, 22-23)	Sí (Arrangements, 29)		Sí (Org., Anexo I & II)	Sí (Org., Anexo)

<sup>55</sup> Programa de Naciones Unidas para los Establecimientos Humanos, Reglas de procedimiento del Consejo de Gobierno.

<sup>56</sup> Organización Mundial de la Salud, Principios gobernando la relación entre la Organización Mundial de la Salud y las organizaciones no gubernamentales, Documentos básicos, edición 48, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2014.

<sup>57</sup> <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NgoParticipation.aspx>

<sup>58</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Reglamento provisional del Consejo de Seguridad (1983), U.N. Doc. S/96/Rev.7.

<sup>59</sup> Reglas de procedimiento de la Comisión de Medidas Fitosanitarias, texto adoptado en CPM8 en abril de 2013, y aprobadas por el Director General de la FAO el 8 de noviembre de 2013, que es la fecha de entrada en vigor de la revisión.

<sup>60</sup> En el caso de las cumbres recurrentes (tales como la Cumbre de Desarrollo Sustentable de Naciones Unidas, o la Conferencia Internacional sobre Financiación del Desarrollo), solo miraré las reglas de procedimiento de la última sesión, no de cada sesión.

<sup>61</sup> Conferencia Internacional sobre Financiación del Desarrollo, Reglas de procedimiento provisionarias para la tercera Conferencia Internacional sobre Financiación del Desarrollo (12 de mayo de 2015), U.N. Doc. A/CONF.227/2.

<sup>62</sup> Proyecto de resolución presentado por el Presidente de la Asamblea General, Organización de la cumbre de las Naciones Unidas dedicada a la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 (16 de diciembre de 2014), U.N. Doc. A/69/L.43; Arreglos para la cumbre de las Naciones Unidas dedicada a la

										I & II) <sup>63</sup>
03	2015	Reunión de la Asamblea General sobre la aplicación de los resultados de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (WSIS+10) <sup>64</sup>	Sí (Res., 1, 3)	Sí (Res., 1, 3)	Sí (Res., 1, 3)	Sí (Res., 1, 3)	Sí (Res., 1, 3)	No	Sí (Res., 3)	Sí (Res., 1)
04	2014	Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas <sup>65</sup>	Sí (Res., 3.h-j)	Sí (Res., 3.h-j)	Sí (Res., 3.h-j)	Sí (Res., 3.h-j)	Sí (Res., 3.h-j)	Sí (Res., 15)	Sí (Res., 3.b-g)	Sí
05	2014	Conferencia Internacional sobre los Pequeños Estados Insulares <sup>66</sup>	Sí (Regla 65)	Sí (Regla 65)	Sí (Regla 65)	Sí (Regla 65)	Sí (Regla 15)	No	Sí (Regla 65)	Sí (Regla 66)
06	2011	Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Países Menos Adelantados <sup>67</sup>	Sí (Regla 64)	Sí (Review, 33-37)	Sí (Regla 64)	Sí (Regla 64)	Sí (Regla 15)	Sí (Review, 36)	Sí (Regla 64)	Sí (Regla 65)
07	2010	Cumbre de las Naciones Unidas sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio <sup>68</sup>	Sí (Res., 12)	Sí (Res., 12)	Sí (Res., 12)	Sí (Res., 12)	Sí (Res., 12)	Sí (Res., 18) 69	Sí (Res., 12)	Sí (Res., 12)
08	2009	Conferencia de las Naciones Unidas	Sí (UNGA Res., 3)	Sí (Note, VI. C)	Sí (Reglas 64-65)	Sí (Reglas 64-65)	Sí (Regla 15)	No	Sí (Reglas 64-65)	Sí (Regla 67)

aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 y el debate general de la 70ª sesión de la Asamblea General, Nota de información para delegados (6 de agosto de 2015), U.N. Doc. A/INF/70/4.

<sup>63</sup> No hubo presentaciones escritas de las delegaciones. No obstante, las presentaciones orales fueron grabadas y presentadas por escrito en el sitio web de la Cumbre. Lo mismo ocurrió con las presentaciones de miembros de la sociedad civil.

<sup>64</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Modalidades del examen general que realizará la Asamblea General de la aplicación de los resultados de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información*, Res. A.G. 68/302 (13 de agosto de 2014), U.N. Doc. A/RES/68/302.

<sup>65</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Organización de la reunión plenaria de alto nivel del sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, que se conocerá como Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas*, Res. A.G. 66/296 (15 de octubre de 2012), U.N. Doc. A/RES/66/296.

<sup>66</sup> Tercera Conferencia Internacional sobre los Pequeños Estados Insulares, Reglamento provisional (3 de julio de 2014), U.N. Doc. A/CONF.223/2.

<sup>67</sup> Comité Preparatorio Intergubernamental de la Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Países Menos Adelantados, Segundo período de sesiones, Proyecto de reglamento provisional (24 de enero de 2011), U.N. Doc. A/CONF.219/IPC/L.2; Comité Preparatorio Intergubernamental de la Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Países Menos Adelantados, Examen del proceso preparatorio de la Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Países Menos Adelantados (2 de noviembre de 2010), U.N. Doc. A/CONF.219/IPC/2.

<sup>68</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Cumbre de las Naciones Unidas sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, Res. A.G. 64/184 (5 de febrero de 2010), U.N. Doc. A/RES/64/184,

<sup>69</sup> *Íbid.*, párrafo 18: “Solicita al Secretario General que establezca un fondo fiduciario a fin de que aumente la participación de representantes de organizaciones no gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil de países en desarrollo en las audiencias, y exhorta a los Estados Miembros y a otras entidades a apoyar generosamente y con prontitud el fondo fiduciario”.

		al más alto nivel sobre la crisis financiera y económica mundial y sus efectos en el desarrollo <sup>70</sup>								
09	2005	Cumbre Mundial de 2005 <sup>71</sup>	Sí (Anexo I, 11)	Sí (Anexo I, 11, Anexo III)	Sí (Anexo I, 11)	Sí (Anexo I, 11)	Sí (Anexo I, 11)	Sí (Res., 9)	Sí (Anexo I, 11)	Sí (Anexo I, 11)
10	2014	Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Países en Desarrollo Sin Litoral <sup>72</sup>	Sí (Res. 11-12)	Sí (Res. 11-14)	Sí (Regla 64)	Sí (Regla 64)	Sí (Res., 13)	No	Sí (Regla 64)	Sí (Regla 65)
11	2002	Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento <sup>73</sup>	Sí (Dec., a-b)	Sí (Dec., a-b)	Sí (Regla 61)	Sí (Regla 61)	Sí (Dec., f)	Sí (Dec., e)	Sí (Regla 61)	Sí (Regla 61)
12	2001	Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia <sup>74</sup>	Sí (Note, 11.g)	Sí (Doc. A/CONF.189/PC.1/2)	Sí (Regla 65)	Sí (Regla 65)	Sí (Regla 65)	No	Sí (Regla 65)	Sí (Regla 66)
13	1992	Conferencia Mundial en la Cumbre sobre Desarrollo Social <sup>75</sup>	Sí (Res., 17)	Sí (Dec. 2)	Sí (Regla 62)	Sí (Regla 62)	Sí (Regla 62)	No	Sí (Regla 62)	Sí (Regla 63)
14	1995	Conferencia Mundial sobre la Mujer <sup>76</sup>	Sí (Anexo)	Sí (Anexo)	Sí (Regla 65)	Sí (Regla 65)	Sí (Regla 65)	No	Sí (Regla 65)	Sí (Regla 66)

<sup>70</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Organización de una conferencia de las Naciones Unidas al más alto nivel sobre la crisis financiera y económica mundial y sus efectos en el desarrollo*, Res. A.G. 63/277 (9 de abril de 2009), U.N. Doc. A/RES/63/277; Conferencia sobre la crisis financiera y económica mundial y sus efectos en el desarrollo, Nota de la secretaría (10 de mayo de 2009), U.N. Doc. A/CONF.214/5; Conferencia de las Naciones Unidas sobre la crisis financiera y económica mundial y sus efectos en el desarrollo, Reglamento provisional, Nota de la Secretaría (28 de mayo de 2009), Reglamento provisional Nota de la Secretaría, U.N. Doc. A/CONF.214/2.

<sup>71</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Cumbre Mundial de 2005*, Res. A.G. 59/291 (25 de abril de 2005), U.N. Doc. A/RES/59/291.

<sup>72</sup> U.N. G.A. Res. 68/270, U.N. Doc. A/RES/68/270 (13 May, 2014); Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Países en Desarrollo Sin Litoral, Reglamento provisional (22 de julio de 2014), U.N. Doc. A/CONF.225/3.

<sup>73</sup> Informe de la Comisión de Desarrollo Social actuando como comité preparatorio para la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento en sus primeras sesiones, Decisión 2001/PC/3 y Reglas de Procedimiento (16 de mayo de 2001), U.N. Doc. E/2001/71.

<sup>74</sup> Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Nota de la secretaría (13 de abril de 2000), U.N. Doc. A/CONF.189/PC.1/2; Organization of the Work, U.N. Doc. A/CONF.189/PC.1/20 (28 Apr., 2000).

<sup>75</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Convocación de una conferencia Mundial en la Cumbre sobre Desarrollo Social, Res. A.G. 64/184 (16 de diciembre de 1992), U.N. Doc. A/RES/47/92, Anexo II, Decisión 2 adoptada por el Comité Preparatorio en su sesión organizativa.

<sup>76</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Aplicación de las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer, Res. A.G. 48/108 (28 de febrero de 1994), U.N. Doc. A/RES/48/108; Cuarta Conferencia sobre la Mujer, Reglas de Procedimiento (16 de junio de 1995), U.N. Doc. A/CONF.177/2.

15	1996	Conferencia de Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) <sup>77</sup>	Sí (Res., 6)	Sí (Res., 6)	Sí (Regla 63)	Sí (Regla 63)	Sí (Regla 63)	No	Sí (Regla 63)	Sí (Regla 64)
16	1994	Conferencia de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo <sup>78</sup>	Sí (Anexo)	Sí (Anexo)	Sí (Anexo, 10)	Sí (Anexo, 10)	Sí (Anexo, 10)	No	Sí (Anexo, 10)	Sí (Anexo, 11)

#### 4. CREACIÓN DE DERECHO POR CONFERENCIAS DE LAS PARTES DE TRATADOS<sup>79</sup>

#	Año	Conferencia	1. Acceso		2. Garantías				3. Voz	
			Acceso	Justificación	Acceso a los edificios	Acceso a las reuniones	Acceso a los docs.	Financiamiento	Oral	Escrita
01	2009	CoP del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares <sup>80</sup>	Sí (Regla 44.4)	Sí (Regla 44.4)	Sí (Regla 44.4)	Sí (Regla 44.4)	Sí (Regla 44.4)	No	No	No
02	2012	CoSP de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción <sup>81</sup>	Sí (Regla 44.5)	Sí (Regla 44.5)	Sí (Regla 44.5)	Sí (Regla 44.5)	Sí (Regla 44.5)	No	No	No

<sup>77</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Conferencia de Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II)*, Res. A.G. 47/180 (22 de diciembre de 1992), U.N. Doc. A/RES/47/180; Conferencia de Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), Reglamento provisional (26 de abril de 1996), U.N. Doc. A/CONF.165/2.

<sup>78</sup> Consejo Económico y Social (ECOSOC), Res. 1993/4.

<sup>79</sup> No consideraré para este estudio las reglas de procedimiento de las siete reuniones de las partes de tratados de derechos humanos (PIDESC, PIDCyP, CEDAW, CAT, CDN, CRPD, CPED) dado que su rol consiste casi exclusivamente en elegir los miembros de órganos de tratados, y no en crear nuevas reglas de derecho internacional. No obstante, se puede notar que seis de las siete reglas de procedimiento de estos tratados no regulan los puntos específicos de la participación de organizaciones no gubernamentales y meramente afirman que “cualquier cuestión procedimental que surja de las reuniones que no sea cubierta por estas reglas debe ser resuelta por el Presidente a la luz de las Reglas de Procedimiento de la Asamblea General que pueden ser aplicables a la cuestión bajo estudio (véase, por ejemplo, Reglas de Procedimiento de la Reunión de Estado Parte de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (10 de noviembre de 1987), U.N. Doc. CERD/SP/2/REV.1, Regla 20, y Reglas de Procedimiento revisadas para la reunión de los Estados parte al PIDCyP (10 de agosto de 1984), U.N. Doc. CCPR/SP/2/Rev.1, Regla 20). El único régimen que difiere es el de la Convención de Derechos con Personas sobre Discapacidad, que les da acceso a las reuniones a diferentes categorías de ONGs: véanse las Reglas provisionales de procedimiento de las Conferencias de Estados parte de la Convención de Derechos con Personas sobre Discapacidad (14 de octubre de 2008), U.N. Doc. CRPD/CSP/2008/3, Regla 25.

<sup>80</sup> Comité Preparatorio para la Conferencia de Revisión de 2010 de las Partes del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares, Proyecto de reglas de procedimiento (20 de mayo de 2009), U.N. Doc. NPT/CONF.2010/1, pp. 32-48.

<sup>81</sup> Séptima conferencia de revisión de los Estados partes de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, Documento final, Reglas de Procedimiento (13 de enero de 2012), U.N. Doc. BWC/CONF.VII/7, pp. 43-54.



03	2013	CoSP de la Convención de Armas Químicas <sup>82</sup>	Sí (Regla 1)	Sí (Regla 1)	Sí (Reglas 1.1, 4 – even specific rooms)	Sí (Regla 1.1.)	Sí (Regla 1.1.c)	No (Regla 1.5)	Sí (Regla 3)	Sí (Reglas 1.d, 5)
04	2007	MoSP de la Convención sobre la prohibición del empleo, el almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción <sup>83</sup>	Sí (Regla 1.4)	Sí (Regla 1.4 - criteria)	Sí (Regla 1.4)	Sí (Regla 1.4)	Sí (Regla 24 <sup>84</sup> )	No	Sí (Regla 24)	Sí (Regla 24)
05	2013	MoSP de la Convención sobre Municiones en Racimo <sup>85</sup>	Sí (Regla 1.3)	Sí (Regla 1.3)	Sí (Regla 1.3)	Sí (Regla 1.3)	Sí (Regla 24 <sup>86</sup> )	No	Sí (Regla 24)	Sí (Regla 24)
06	1992	CoP del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos. Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su eliminación <sup>87</sup>	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)	No	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)
07	2004	CoP del Convenio de Róterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional <sup>88</sup>	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)	No	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)
08	2005	CoP del Convenio de Estocolmo sobre	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)	No	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)

<sup>82</sup> Conferencia de las Partes de la Convención de Armas Químicas, Directrices para la asistencia y participación de organizaciones no gubernamentales (8 de abril de 2013), Doc. RC-3/DEC.2.

<sup>83</sup> Reuniones de los Estados Partes en la Convención sobre la prohibición del empleo, el almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (27 de agosto de 2007), U.N. Doc. APLC/MSP.8/2007/5.

<sup>84</sup> La regla 24 establece “los derechos generales de los observadores”. Establece que “Los observadores: a) No podrán participar en la adopción de decisiones; b) No podrán presentar ninguna moción o solicitud de procedimiento, plantear cuestiones de orden o apelar de una decisión del Presidente”. Por lo tanto, parece que los derechos de los observadores incluyen todo salvo aquello explícitamente denegado en la Regla 24.

<sup>85</sup> Reglamento para las Reuniones de los Estados Partes en la Convención sobre Municiones en Racimo (23 de junio de 2013), U.N. Doc. CCM/MSP/2013/3.

<sup>86</sup> La regla 24 establece “los derechos generales de los observadores”. Establece que “Los observadores: a) No podrán participar en la adopción de decisiones; b) No podrán presentar ninguna moción o solicitud de procedimiento, plantear cuestiones de orden o apelar de una decisión del Presidente”. Por lo tanto, parece que los derechos de los observadores incluyen todo salvo aquello explícitamente denegado en la Regla 24.

<sup>87</sup> Reglas de procedimiento de la Conferencia de las partes del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos. Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su eliminación, adoptada por la primera reunión de la Conferencia de las partes (decisión I/1), y enmendada por la séptima, décima y undécima reunión de la Conferencia de las Partes (decisiones VII/37, BC-10/11 y BC-11/24)

<sup>88</sup> Reglas de procedimiento de la Conferencia de las Partes del Convenio de Róterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, adoptado en la decisión RC-1/1 por la Conferencia de las Partes, con la excepción de la segunda oración del párrafo 1 de la regla 45.

		Contaminantes Orgánicos Persistentes <sup>89</sup>								
09	2006	Órgano de Gobierno del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la alimentación y la agricultura <sup>90</sup>	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)	No	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)
10	2002	Asamblea de Estados Parte al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional <sup>91</sup>	Sí (Regla 93)	Sí (Regla 93)	Sí (Regla 93.a)	Sí (Regla 93.a)	Sí (Regla 93.b)	No	Sí (Regla 93.c & d)	Sí (Regla 95)
11	2004	CoP de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional <sup>92</sup>	Sí (Regla 17.1-2)	Sí (Regla 17.1-2)	Sí (Regla 17.3.a)	Sí (Regla 17.3.a)	Sí (Regla 17.3.c)	No	Sí (Regla 17.3.b)	No
12	2006	CoSP de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción <sup>93</sup>	Sí (Regla 17.1-2)	Sí (Regla 17.1-2)	Sí (Regla 17.3.a)	Sí (Regla 17.3.a)	Sí (Regla 17.3.c)	No	Sí (Regla 17.3.b)	No
13	2005	MoSP de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar <sup>94</sup>	Sí (Regla 18.5)	Sí (Regla 18.5)	Sí (Regla 18.7)	Sí (Regla 18.7)	Sí (Regla 18.7)	No	Sí (Regla 18.7)	Sí (Regla 18.7)
14	2014	CoP de la Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco <sup>95</sup>	Sí (Regla 31)	Sí (Regla 31)	Sí (Note, par. 5)	Sí (Note, par. 5)	Sí (Note, par. 5)		Sí (Regla 31)	Sí (Note, par. 5)
15	2000	CoP de la Convención sobre la Diversidad Biológica <sup>96</sup>	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)	No	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)

<sup>89</sup> Reglas de procedimiento de la Conferencia de las Partes del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, adoptado en la decisión SC-1/1, con la excepción de la segunda oración del párrafo 1 de la regla 45 y enmendado por la decisión SC-5/1 por la Conferencia de las Partes.

<sup>90</sup> Reglas de procedimiento del Órgano de Gobierno del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, Doc. IT/GB-1/06/Report (2006), Apéndice D.

<sup>91</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea de Estados Parte al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento de la Asamblea de Estados Partes, Parte II, U.N. Doc. ICC-ASP/1/3 (10 de septiembre de 2002).

<sup>92</sup> Proyecto de reglas de procedimiento para la Conferencia de las Partes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (adoptada por Decisión 1/1 del primer CoP), (26 de febrero de 2004), U.N. Doc. CTOC/COP/2004/3-A/AC.254/43.

<sup>93</sup> Proyecto de reglamento de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (1 de marzo de 2006), U.N. Doc. CAC/COSP/2006/3.

<sup>94</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Reunión de los Estados Partes, Reglamento de las Reuniones de los Estados Partes (24 de enero de 2005), U.N. Doc. SPLOS/2/Rev.4.

<sup>95</sup> Reglas de Procedimiento de la Conferencia de las Partes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, adoptada en su primera sesión (decisión FCTC/COP1(8)), incluyendo enmiendas adoptadas en su sexta sesión (decisión FCTC/COP6(24)); y también Nota de la Secretaría Interina, Modalidades prácticas de la participación de observadores en los procedimientos de la Conferencia de las partes (6 de febrero de 2006), Doc. A/FCTC/COP/1/INF.DOC./5.

<sup>96</sup> Reglas de procedimiento de las reuniones de la Conferencia de las Partes de la Convención sobre la Diversidad Biológica, adoptada por la Decisión COP I/1, y enmendada por la Decisión V/20 (2000).

16	1996	CoP de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático <sup>97</sup>	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)	No	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)
17	2013	CoP de la Conferencia de las Partes de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) <sup>98</sup>	Sí (Regla 2.2)	Sí (Reglas 2.2 & 3.5)	Sí (Regla 2.2)	Sí (Reglas 2.2 & 11.3)	Sí (Regla 28)	No	Sí (Regla 17.1)	Sí (Regla 28.1.b)
18	1989	CoP de la Convención de Viena sobre Protección de la Capa de Ozono <sup>99</sup>	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)	No	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)
19	1989	CoP del Protocolo de Montreal sobre Protección de la Capa de Ozono <sup>100</sup>	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)	No	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)
20	1985	CoP de la Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres <sup>101</sup>	Sí (Regla 2.2)	Sí (Regla 2.2)	Sí (Regla 2.2)	Sí (Regla 2.2)	Sí (Regla 2.2)	No	Sí (Regla 10.2)	Sí (Regla 2.2)
21	1997	Convención de Naciones Unidas para Combatir la Desertificación <sup>102</sup>	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)	No	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.2)
22	2012	CoP de la Convención Ramsar sobre Humedales <sup>103</sup>	Sí (Regla 7.1)	Sí (Regla 7.2)	Sí (Regla 7.5)	Sí (Regla 7.5)	Sí (Regla 54.2)		Sí (Regla 7.3; 22.2)	Sí (Regla 54.5)

<sup>97</sup> Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Conferencia de las Partes, Proyecto de reglamento de la Conferencia de las Partes y sus órganos subsidiarios (22 de mayo de 1996), U.N. Doc. FCCC/CP/1996/2. Este proyecto de reglas sigue siendo utilizado por las CoPs, pese a que no lo han adoptado formalmente: véase Informe de la Conferencia de las Partes en su vigésimo primera sesión, París, 30 de noviembre al 13 de diciembre de 2015 (29 de enero de 2016), U.N. Doc. FCCC/CP/2015/10, párrafo 5.

<sup>98</sup> Reglas de Procedimiento de la Conferencia de las Partes de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), enmendada en la reunión 16, Bangkok (2013), disponible en <https://cites.org/sites/default/files/eng/cop/E16-Reglas.pdf>.

<sup>99</sup> CoP de la Convención de Viena sobre Protección de la Capa de Ozono, Reglas de Procedimiento (28 de abril de 1989), U.N. Doc. UNEP/OzL.Conv.1/3/Rev.1.

<sup>100</sup> CoP del Protocolo de Montreal sobre Protección de la Capa de Ozono, Informe de las Partes sobre el trabajo de su primera reunión (6 de mayo de 1989), U.N. Doc. UNEP/OzL.Pro.1/5, párrafo 7.

<sup>101</sup> CoP de la Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres, Informe de la primera reunión, Reglas de Procedimiento (26 de octubre de 1985), U.N. Doc. CMS/Conf.1.2/Rev.1.

<sup>102</sup> Conferencia de las Partes de la Convención de Naciones Unidas para Combatir la Desertificación, Informe de la Primera Sesión, Addendum, Parte Dos: Acciones tomadas por la CoP en su primera sesión, Decisión 1/COP.1, Reglas de Procedimiento (22 de diciembre de 1997), U.N. Doc. ICCD/COP(1)/11/Add.1; y también, Decisión 26/COP.1, Acreditación de organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales, pp. 81-82.

<sup>103</sup> Reglas de Procedimiento de las Reuniones de la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención sobre Humedales de Importancia Internacional, adoptada por la Undécima Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes, Bucarest, Rumania, Ramsar (7 de julio de 2011) COP12 DOC.27, regla 7.3.

## 5. CREACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL INFORMAL

#	Año	Institución	1. Acceso		2. Garantías				3. Voz	
			Acceso	Justificación	Acceso a los edificios	Acceso a las reuniones	Acceso a los docs.	Financiamiento	Oral	Escrita
01	2013	Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria <sup>104</sup>	Sí (Carta, 17)	Sí (Carta, 17)	No	No	Sí (Carta, 17)	No	No	Sí (Carta, 17)
02	2009	Consejo de Estabilidad Financiera <sup>105</sup>	Sí (Directrices 82-83)	No	Sí (Directrices 82-83)	Sí (Directrices 82-83)	No	No	No	Sí (Directrices 82-83)
03	2016	Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN) <sup>106</sup>	Sí (Art III, Sección 6)	Sí (Art III, Sección 6)	Sí (Art III, Sección 6)	Sí (Art III, Sección 6)	Sí (Art III, Sección 6)	Sí	Sí (Art III, Sección 6)	Sí (Art III, Sección 6)
04	2012	Red Internacional de Competencia <sup>107</sup>	Sí (6)	No (7.2.i)	Sí (7.2)	Sí (7.2)	Sí (6.iii)	No (6.v)	Sí (6.iii)	Sí (6.iii)
05	1996	Organización Internacional de Comisiones de Valores <sup>108</sup>	No <sup>109</sup>	No	No	No	No	No	No	No
06	2015	Organización Internacional de Estandarización (ISO) <sup>110</sup>	Sí (1.17.2.2)	Sí (1.17.3)	Sí (1.17.5.1-2)	Sí (1.17.5.1-2)	Sí (1.17.5.1-2)	No	Sí (1.17.5.1)	Sí (1.17.5.2)
07	2014	Agencia Mundial Anti-Doping <sup>111</sup>	Sí (6.5)	No	Sí (6.5)	Sí (6.5)	Sí (6.5)	No	Sí (6.5)	Sí (6.5)
08	2013	Fundación de Estándares Internacionales de Reportes Financieros (IFRS) y Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB) <sup>112</sup>	Sí (44)	Sí (45)	Sí (37.h)	Sí (37.h; 44)	Sí (44.a)	No	Sí (37.h, 44)	Sí (37.h, 44)

<sup>104</sup> Carta del Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria (BCBS), (enero de 2013).

<sup>105</sup> Consejo de Estabilidad Financiera, Directrices Procedimentales, PLEN/2013/02-Rev.

<sup>106</sup> Estatutos de ICANN, disponibles en <https://www.icann.org/resources/pages/governance/bylaws-en>.

<sup>107</sup> Red Internacional de Competencia (ICN), Marco Operacional, adoptado por los miembros del ICN (13 de febrero de 2012).

<sup>108</sup> Estatutos de IOSCO, disponibles en [https://www.iosco.org/library/by\\_laws/pdf/IOSCO-By-Laws-Section-1-English.pdf](https://www.iosco.org/library/by_laws/pdf/IOSCO-By-Laws-Section-1-English.pdf).

<sup>109</sup> No obstante, en ocasiones, IOSCO lleva adelante procesos consultivos: véase <http://www.bis.org/bcbs/publ/d304.pdf>.

<sup>110</sup> Directivas ISO/IEC, Parte 1, Suplemento ISO Consolidado (2015).

<sup>111</sup> Agencia Mundial Anti-Doping, Instrumento Constitutivo Fundacional (julio de 2014).

<sup>112</sup> Constitución de la Fundación de Estándares Internacionales de Reportes Financieros (IFRS), revisada y aprobada por los Fiduciarios (enero de 2013).

## ANEXO 2: TABLA DE RESULTADOS DEL ESTUDIO PARA EL MÉTODO COMPARATIVO (CAPÍTULO 6)

Estado	Manifestaciones generales		Mecanismos de participación		
	Reconocimiento explícito del pueblo como Fuente de autoridad	Ratificación del art. 25 del PIDCyP <sup>113</sup>	Garantías de libertad de expresión (incluyendo asuntos políticos)	Garantías de libertad de asamblea/asociación	Derecho a participar más allá de las elecciones (petición, protesta, iniciativa)
Afganistán	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 34)	Sí (C, 36)	No
Albania	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 22.1)	Sí (C, 47)	Sí (C, 48; 81.1)
Alemania	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 5.1)	Sí (C, 9.1)	Sí (C, 17; 29)
Algeria	Sí (C, 6)	Sí	Sí (C, 41)	Sí (C, 41)	Sí (C, 31)
Andorra	Sí (C, Preámbulo; C, 3)	Sí	Sí (C, 12)	Sí (C, 16)	Sí (C, 23)
Angola	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 40)	Sí (C, 47)	Sí (C, 73)
Antigua y Barbuda	Sí (C, Preámbulo)	Sin acción	Sí (C, 3.b)	Sí (C, 3.b)	Sí (C, Preámbulo, .c)
Arabia Saudita	No (Rey)	Sin acción	No	No	Sí (C, 43)
Argentina	Sí (C, 33)	Sí	Sí (C, 14)	Sí (C, 14)	Sí (C, 14; 39)
Armenia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 27)	Sí (C, 29)	Sí (C, 27.1)
Australia	Dudoso (Queen, Australia Act)	Sí	Sí (creado por High Court, ICCPR)	Sí (ICCPR)	Sí (SO 69, 70, 71 <sup>114</sup> )
Austria	Sí (C, 1)	Sí	Sí (ECHR)	Sí (C, 10.1.7)	Sí (C, 11.6; 41.2)
Azerbaijan	Sí (C, 1.1)	Sí	Sí (C, 47)	Sí (C, 49)	Sí (C, 57; 96)
Bahamas	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 23)	Sí (C, 24)	No
Bahrain	Sí (C, 1.D)	Sí	Sí (C, 23)	Sí (C, 28)	Sí (C, 29)
Bangladesh	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 39)	Sí (C, 37)	Sí (C, 11)
Barbados	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 20.1)	Sí (C, 21.1)	Sí (C, Preámbulo, .c)
Belarus	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 33)	Sí (C, 35)	Sí (C, 40)
Belgium	Dudoso (monarquía popular)	Sí	Sí (C, 19)	Sí (C, 26)	Sí (C, 28)
Belize	Sí (C, Preámbulo, item c)	Sí	Sí (C, 12)	Sí (C, 13)	Sí (C, Preámbulo, .c)
Benin	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 23)	Sí (C, 25)	Sí (C, 25)
Bhutan	Sí (C, 1)	Sin acción	Sí (C, 7.2)	Sí (C, 7.12)	Sí (C, 22.1)
Bolivia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 21; C, 106)	Sí (C, 21.4)	Sí (C, 24; 162.1)
Bosnia y Herzegovina	Sí (C, 2)	Sí	Sí (C, 3.h)	Sí (C, 3.i)	No
Botswana	Sí (C, 1)	Sí	Sí (C, 12)	Sí (C, 13)	No
Brasil	Sí (C, 1)	Sí	Sí (C, 220)	Sí (C, 5.XVI)	Sí (C, 5.XXXIV.a; 14.III)
Brunei Darussalam	No (Sultán)	Sin acción	No	No	No
Bulgaria	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 39)	Sí (C, 43)	Sí (C, 45)
Burkina Faso	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 8)	Sí (C, 7)	Sí (C, 30; 98)
Burundi	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 31)	Sí (C, 32)	Sí (C, 51)
Camboya	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 41)	Sí (C, 41)	Sí (C, 35, 39)
Camerún	Sí (C, 2.1)	Sí	Sí (C, Preámbulo, 16)	Sí (C, Preámbulo, 16)	No

<sup>113</sup> Información obtenida de <http://indicators.ohchr.org/> and [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&lang=en#35](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#35)

<sup>114</sup> Véase [http://www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Petitions/Senate\\_Petitions/rules](http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Petitions/Senate_Petitions/rules).

Canadá	<b>Dudoso (Queen, Canada Act)</b>	Sí	Sí (C, I.B.2.b)	Sí (C, B.2.c)	Sí (SO 36)
Cao Verde	Sí (C, 1.3; C, 2.1)	Sí	Sí (C, 45.1)	Sí (C, 52.1)	Sí (C, 57; 109)
Catar	<b>Dudoso (Emir, pero “el pueblo es la fuente de los poderes”, C, 59)</b>	<b>Sin acción</b>	Sí (C, 47-48)	Sí (C, 44)	Sí (C, 46)
Chad	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 27)	Sí (C, 27)	<b>No</b>
Chile	Sí (C, 5)	Sí	Sí (C, 19.12)	Sí (C, 19.13)	Sí (C, 19.14)
China	Sí (C, 2)	<b>Firmante</b>	Sí (C, 35)	Sí (C, 35)	Sí (C, 41)
Chipre	Sí (C, 1)	Sí	Sí (C, 19.1)	Sí (C, 21.1)	Sí (C, 29)
Colombia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 20)	Sí (C, 37)	Sí (C, 23; 103, 155, 375)
Comoros	Sí (C, Preámbulo)	<b>Firmante</b>	Sí (C, Preámbulo)	Sí (C, Preámbulo)	<b>No</b>
Congo	Sí (C, 2)	Sí	Sí (C, 19)	Sí (C, 21)	Sí (C, 40)
Congo (República Democrática)	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 23)	Sí (C, 25-26)	Sí (C, 27)
Corea (República de)	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 21)	Sí (C, 21)	Sí (C, 26)
Corea (República Democrática Popular)	<b>Dudoso (el gran líder “representa los intereses del pueblo”)</b>	<b>Intentó denunciar (1997)</b>	Sí (C, 67)	Sí (C, 67)	Sí (C, 69)
Costa Rica	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 29)	Sí (C, 26)	Sí (C, 27; 102, 105, 123, 124)
Côte d'Ivoire	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 9-10)	Sí (C, 11)	<b>No</b>
Croacia	Sí (C, 1)	Sí	Sí (C, 38)	Sí (C, 42)	Sí (C, 46)
Cuba	Sí (C, Preámbulo)	<b>Firmante</b>	<b>Sí, pero solo si socialista (C, 53)</b>	Sí (C, 54)	Sí (C, 63; 88.g)
Dinamarca	<b>No (Rey)</b>	Sí	Sí (C, 77)	Sí (C, 79)	Sí (C, 54)
Djibouti	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 15)	Sí (C, 15)	<b>No</b>
Dominica	Sí (C, Preámbulo, item c)	Sí	Sí (C, 10.1)	Sí (C, 11.1)	<b>No</b>
Ecuador	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 45, 66)	Sí (C, 66.13)	Sí (C, 66.23; 61.3, 103, 134)
Egipto	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 65)	Sí (C, 73)	Sí (C, 85; 138)
El Salvador	Sí (C, 83)	Sí	Sí (C, 6)	Sí (C, 7)	Sí (C, 18)
Emiratos Árabes Unidos	<b>No (Regentes de los Emiratos)</b>	<b>Sin acción</b>	Sí (C, 30)	Sí (C, 33)	Sí (C, 41)
Eritrea	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 19.2.2)	Sí (C, 19.5)	Sí (C, 32.11)
Eslovaquia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 26.1)	Sí (C, 28)	Sí (C, 27)
Eslovenia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 39)	Sí (C, 42)	Sí (C, 45; IV.A.88)
España	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 20.1.a)	Sí (C, 21)	Sí (C, 29.1; 87.3)
Estados Unidos de América	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (A1)	Sí (A1)	Sí (A1)
Estonia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 45)	Sí (C, 47)	Sí (C, 46)
Etiopía	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 29)	Sí (C, 30.1)	Sí (C, 30.1)
Federación Rusa	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 29.1)	Sí (C, 31)	Sí (C, 33)
Fiji	Sí (C, Preámbulo)	<b>Sin acción</b>	Sí (C, 17)	Sí (C, 18)	Sí (C, 18)
Filipinas	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 4)	Sí (C, 4)	Sí (C, 4; VI.32)
Finlandia	Sí (C, 2)	Sí	Sí (C, 12)	Sí (C, 13)	Sí (C, 109; 53; POA, 2)
Francia	Sí (C, 2)	Sí	Sí (DoCR, 11)	Sí (LoFA, 1)	Sí (C, 72.1)
Gabón	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 1.2)	Sí (C, 1.13)	<b>No</b>
Gambia	Sí (C, Preámbulo; C, 1.2)	Sí	Sí (C, 1.a)	Sí (C, 25.1d)	Sí (C, 25.1.f)

Georgia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 19)	Sí (C, 25-26)	Sí (C, 5.2; 67.1)
Ghana	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 21.1.a)	Sí (C, 21.1.d)	Sí (C, 21.3, 37.2)
Grecia	Sí (C, 1.2)	Sí	Sí (C, 14.1)	Sí (C, 11.1)	Sí (C, 10)
Grenada	<b>No (Reina, Gob. Gral)</b>	Sí	Sí (C, 10)	Sí (C, 11.1)	<b>No</b>
Guatemala	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 35)	Sí (C, 33)	Sí (C, 28)
Guinea	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 7)	Sí (C, 10)	Sí (C, 10)
Guinea Ecuatorial	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 13.b.i)	Sí (C, 13.k)	Sí (C, 13.h)
Guinea-Bissau	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 44)	Sí (C, 44)	Sí (C, 43.2)
Guyana	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 146)	Sí (C, 147)	Sí (C, 13)
Haití	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 28)	Sí (C, 31)	Sí (C, 29)
Honduras	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 72, 74)	Sí (C, 78)	Sí (C, 79-80; 5; 213)
Hungaria	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 1.1)	Sí (C, VIII.1)	Sí (C, XXV; 8)
India	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 19.1.a)	Sí (C, 19.1.b)	<b>No</b>
Indonesia	Sí (C, 1.2)	Sí	Sí (C, 28E.2)	Sí (C, 28E.3)	<b>No</b>
Irak	Sí (C, Preámbulo; C, 5)	Sí	Sí (C, 38)	Sí (C, 38)	Sí (C, 20)
Irán	Sí (C, Preámbulo)	Sí	<b>Sí (C, 24), si no va contra Islam</b>	<b>Sí (C, 27), si no va contra Islam</b>	Sí (C, 90)
Irlanda	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 40.6.1)	Sí (C, 40.6.1)	Sí (PoRA)
Islandia	Sí (C, 1)	Sí	Sí (C, 73)	Sí (C, 74)	<b>No</b>
Islas Marshall	Sí (C, Preámbulo)	<b>Sin acción</b>	Sí (C, II.1.1)	Sí (C, II.1.1)	Sí (C, II.1.1; XII.4.7)
Islas Solomon	Sí (C, Preámbulo, ítem a)	<b>Sin acción</b>	Sí (C, 12)	Sí (C, 3.b)	Sí (C, Preámbulo, .e)
Israel	Sí (DoI)	Sí	Sí (Court creation)	Sí (Court creation)	<b>No</b>
Italia	Sí (C, 1)	Sí	Sí (C, 21)	Sí (C, 17)	Sí (C, 50; 71; 75)
Jamaica	<b>No (Reina)</b>	Sí	Sí (C, 22)	Sí (C, 23)	<b>No</b>
Japón	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 21)	Sí (C, 21)	Sí (C, 16)
Jordania	<b>No (Rey)</b>	Sí	Sí (C, 15.1)	Sí (C, 16.1)	Sí (C, 17)
Kazakhstan	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 20.1)	Sí (C, 32)	Sí (C, 33.1)
Kenia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 33.1)	Sí (C, 37)	Sí (C, 119; 257)
Kiribati	Sí (C, Preámbulo, ítem 1)	<b>Sin acción</b>	Sí (C, 12)	Sí (C, 3.b)	<b>No</b>
Kuwait	<b>No (Emir)</b>	<b>Reserva al art. 25(b): solo voto masculino</b>	<b>Sí, pero sujeto a condiciones especificadas por ley (C, 36)</b>	Sí (C, 44)	Sí (C, 45)
Kyrgyzstan	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 31.2)	Sí (C, 34)	Sí (C, 41, 52.2; 79)
Laos	Sí (C, 2)	Sí	Sí (C, 44)	Sí (C, 44)	Sí (C, 41)
Latvia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 100)	Sí (C, 103)	Sí (C, 104; 65; 78)
Lesotho	<b>Dudoso (“Reino democrático”)</b>	Sí	Sí (C, 14)	Sí (C, 4.1.k)	Sí (C, 4.1.p)
Líbano	Sí (C, D)	Sí	Sí (C, 13)	Sí (C, 13)	<b>No</b>
Liberia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 15)	Sí (C, 17)	Sí (C, 17)
Libia	<b>Dudoso (constitución de transición)</b>	Sí	Sí (C, 14)	Sí (C, 14)	Sí (C, 14)
Liechtenstein	<b>No (Prince)</b>	Sí	Sí (C, 40)	Sí (C, 41)	Sí (C, 42; 64.1)
Lituania	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 25)	Sí (C, 36)	Sí (C, 33; 68)
Luxemburgo	<b>Dudoso (el gran duque ejerce poder que reside en la nación)</b>	Sí	Sí (C, 24)	Sí (C, 25)	Sí (C, 27)
Macedonia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 16)	Sí (C, 21)	Sí (C, 24; 71)
Madagascar	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 10)	Sí (C, 10)	Sí (C, 139)
Malasia	<b>No (Autoridad Suprema)</b>	<b>Sin acción</b>	<b>Sí (C, 10.1) pero algunos temas</b>	<b>Sí (C, 10.1) pero algunos temas</b>	<b>No</b>

			políticos pueden ser excluidos	políticos pueden ser excluidos	
Malawi	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 35)	Sí (C, 38)	Sí (C, 40.1.c)
Maldivas	Sí (C, 4)	Sí	<b>Sí (C, 27) si no es contrario al Islam</b>	Sí (C, 32)	Sí (C, 99, 172)
Mali	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 4)	Sí (C, 5)	Sí (C, 107)
Malta	Sí (C, 1.1)	Sí	Sí (C, 41)	Sí (C, 32.b)	Sí (C, 42.3)
Marruecos	<b>Dudoso (“Monarquía democrática”)</b>	Sí	Sí (C, 28)	Sí (C, 29)	Sí (C, 14; 15)
Mauricio	Sí (C, 31)	Sí	Sí (C, 12.1)	Sí (C, 13.1)	<b>No</b>
Mauritania	Sí (C, 2)	Sí	Sí (C, 10)	Sí (C, 10)	Sí (C, 19)
México	Sí (C, 39)	Sí	Sí (C, 6-7)	Sí (C, 9)	Sí (C, 8, 35)
Mianmar	Sí (C, Preámbulo)	<b>Sin acción</b>	Sí (C, 354.a)	Sí (C, 354.b)	Sí (C, 28.b; 383.c)
Micronesia	Sí (C, Preámbulo)	<b>Sin acción</b>	Sí (C, IV.1)	Sí (C, IV.1)	Sí (C, IV.1)
Moldova	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 32.1)	Sí (C, 40)	Sí (C, 52)
Mónaco	<b>No (Monarchy)</b>	<b>Declaración que es sin perjuicio de la monarquía</b>	Sí (C, 23)	Sí (C, 29)	Sí (C, 31)
Mongolia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 16.16)	Sí (C, 16.16)	Sí (C, 16.12)
Montenegro	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 46-47)	Sí (C, 52)	Sí (C, 57; 93)
Mozambique	Sí (C, 2.1)	Sí	Sí (C, 48.1)	Sí (C, 51)	Sí (C, 79)
Namibia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 21.1.a)	Sí (C, 21.1)	Sí (C, 17.1)
Nauru	Sí (C, Preámbulo)	<b>Firmante</b>	Sí (C, 12.1)	Sí (C, 3.b)	<b>No</b>
Nepal	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 3.12.3.a)	Sí (C, 12.3.b)	Sí (C, 33.c)
Nicaragua	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 30)	Sí (C, 54)	Sí (C, 52; 2; 140)
Niger	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 30)	Sí (C, 32)	Sí (C, 31)
Nigeria	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 39.1)	Sí (C, 40)	Sí (C, 14.2.c)
Noruega	<b>No (King)</b>	Sí	Sí (C, E.100)	Sí (C, E.101)	Sí (C, E.101)
Nueva Zelanda	<b>Dudoso (Queen, Statute of Westminster.)</b>	Sí	Sí (BoR, 14)	Sí (BoR, 16)	Sí (TWA, 9)
Omán	<b>No (Sultán)</b>	<b>Sin acción</b>	<b>Sí (C, 31), pero cualquier cosa que lleve a discordia está prohibida</b>	Sí (C, 32)	Sí (C, 34)
Países Bajos	<b>Dudoso (el rey no es responsable por actos de gobierno., C, 42.2)</b>	Sí	Sí (C, 7)	Sí (C, 8-9)	Sí (C, 5)
Palau	Sí (C, Preámbulo)	<b>Firmante</b>	Sí (C, IV.2)	Sí (C, IV.3)	Sí (C, IV.3, IX.4.c, IX.17; XIII.3)
Panamá	Sí (C, 2)	Sí	Sí (C, 37)	Sí (C, 38)	Sí (C, 41; 239)
Papua Nueva Guinea	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 46)	Sí (C, 47)	Sí (C, 2.9)
Paquistán	Sí (although ultimate authority is said to rest on Allah)	<b>Reserva (solo presidentes y ministros musulmanes)</b>	<b>Sí (C, 19), pero con restricciones basadas, entre otras, en islam</b>	Sí (C, 16)	<b>Sí (C, 203.D), pero solo basada en islam</b>
Paraguay	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 26)	Sí (C, 32)	Sí (C, 40; 123)
Perú	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 2)	Sí (C, 2.12)	Sí (C, 2.20; 31; 107)
Polonia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 54.1)	Sí (C, 57)	Sí (C, 63; 118.2)
Portugal	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 37)	Sí (C, 45.1)	Sí (C, 52; 167.1)
Reino Unido de Gran Bretaña	<b>Dudoso (Queen, but Parliam. Sov.)</b>	Sí	Sí (HRA, 5.12, 1.10)	Sí (HRA, 11)	Sí (BoR, 21)



República Árabe Siria	Sí (C, 2)	Sí	Sí (C, 42.2)	Sí (C, 44)	Sí (C, 44)
República Centrafricana	Sí (C, 20)	Sí	Sí (C, 14)	Sí (C, 8, 14)	Sí (C, 58.2)
República Checa	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (CoR, 17)	Sí (C, 19.1)	Sí (C, 29)
República Dominicana	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 49)	Sí (C, 48)	Sí (C, 22.4; 22.3, 97)
República Unida de Tanzania	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 18.1)	Sí (C, 20.1)	Sí (C, 21.2)
Ruanda	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 34)	Sí (C, 36)	Sí (C, 45)
Rumania	Sí (C, 2.1)	Sí	Sí (C, 30)	Sí (C, 39)	Sí (C, 51; 74.1)
Samoa	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 13.1.a)	Sí (C, 13.1.b)	No
San Kitts y Nevis	Sí (C, Preámbulo)	Sin acción	Sí (C, 12)	Sí (C, 13)	No
San Marino	Sí (DoCR, 2)	Sí	Sí (DoCR, 6)	Sí (DoCR, 6)	Sí (DoCR, 2; L101)
San Vicente y las Granadinas	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 10)	Sí (C, 11)	No
Santa Lucía	Sí (C, Preámbulo)	Firmante	Sí (C, 10.1)	Sí (C, 1.b)	Sí (C, 112.3.a)
Sao Tome y Príncipe	Sí (C, 6.2)	Firmante	Sí (C, 28.1)	Sí (C, 33)	Sí (C, 59)
Senegal	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 10)	Sí (C, 8)	Sí (C, 102)
Serbia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 46)	Sí (C, 54)	Sí (C, 56; 105; 107)
Seychelles	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 22.1)	Sí (C, 23.1)	Sí (C, 24.1.a)
Sierra Leona	Sí (C, 5.2.a)	Sí	Sí (C, 25.1)	Sí (C, 15.b)	Sí (C, 5.2.c)
Singapur	Sí (C, 3)	Sin acción	Sí (C, 14.1.a)	Sí (C, 14.1.b)	No
Somalia	Sí (C, 1.1.)	Sí	Sí (C, 18)	Sí (C, 20.1)	Sí (C, 20.2)
Sri Lanka	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 14.1.a)	Sí (C, 14.1.b)	Sí (C, 27.4)
Sudáfrica	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 16)	Sí (C, 17)	Sí (C, 17)
Sudán	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 39)	Sí (C, 40)	Sí (C, 4.d)
Sudán del Sur	Sí (C, Preámbulo; C, 3)	Sin acción	Sí (C, 24)	Sí (C, 25)	Sí (C, 26.1)
Suecia	Sí (C, 1)	Sí	Sí (IoG, 2.1.1)	Sí (IoG, 2.1.1)	Sí (IoG, 2.1.1)
Suiza	Sí (C, Preámbulo)	Sí, with reservation for direct democracy	Sí (C, 16)	Sí (C, 22)	Sí (C, 33; 136-139; 193-194)
Surinam	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 19)	Sí (C, 20)	Sí (C, 22.1)
Swazilandia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 24.1)	Sí (C, 25)	Sí (C, 58.1)
Tailandia	No (Rey)	Sí	Dudoso (“todos los derechos humanos”)	Dudoso (“todos los derechos humanos”)	Dudoso (“todos los derechos humanos”)
Tajikistan	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 30)	Sí (C, 28)	Sí (C, 31)
Timor Oriental	Sí (C, 2.1)	Sí	Sí (C, 40.1)	Sí (C, 42)	Sí (C, 48)
Togo	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 26)	Sí (C, 30)	Sí (C, 30)
Tonga	No (King)	Sin acción	Sí (C, 7), pero con protección al rey	Sí (C, 8)	Sí (C, 8)
Trinidad y Tobago	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 4.i)	Sí (C, 4)	Sí (C, Preámbulo, .c)
Túnez	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 31)	Sí (C, 37)	Sí (C, 139)
Turkmenistán	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 28)	Sí (C, 29)	Sí (C, 29; 95)
Turquía	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 26)	Sí (C, 34)	Sí (C, 74)
Tuvalu	Sí (C, Preámbulo)	Sin acción	Sí (C, 24)	Sí (C, 25)	No
Ucrania	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 34)	Sí (C, 39)	Sí (C, 40)
Uganda	Sí (C, Preámbulo; C, 1.1.3)	Sí	Sí (C, 29.1)	Sí (C, 29.1.d)	Sí (C, 29.1.d; 255)
Uruguay	Sí (C, 1; C, 4)	Sí	Sí (C, 29)	Sí (C, 38)	Sí (C, 30; 79; 82)

Uzbekistán	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 29)	Sí (C, 33)	Sí (C, 33, 35)
Vanuatu	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 5.1.g)	Sí (C, 5.1.h)	Sí (C, 6.1)
Venezuela	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 57)	Sí (C, 53)	Sí (C, 51; 70)
Viet Nam	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 25)	Sí (C, 25)	Sí (C, 30)
Yemen	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 42)	Sí (C, 58)	Sí (C, 51)
Zambia	Sí (C, Preámbulo)	Sí	Sí (C, 20)	Sí (C, 21)	Sí (C, Preámbulo)
Zimbabwe	Sí (C, Preámbulo; C, 6.1.117.1)	Sí	Sí (C, 61)	Sí (C, 58)	Sí (C, 59)

#### Referencias:

- C: Constitución
- DoI: Declaración de Independencia
- DoCR: Declaración de Derechos Ciudadanos
- CoR: Carta de Derechos
- BoR: “Bill of Rights”
- IoG: Instrumento de Gobierno
- HRA: “Human Rights Act”
- A: Enmienda
- SO: “Standing Order”
- POA: “Parliamentary Ombudsman Act”
- LoFA: “Law on Freedom of Assembly”
- PoRA: “Petitions of Rights Act”
- TWA: “Treaty of Waitanga Act”
- L101: “Law N°101”

## BIBLIOGRAFÍA

- ABIZADEH, A. (2002). Does Liberal Democracy Presuppose a Cultural Nation? Four Arguments. *American Political Science Review*, (3), 495–509.
- ABIZADEH, A. (2005). Does Collective Identity Presuppose an Other? On the Alleged Incoherence of Global Solidarity. *The American Political Science Review*, 99(1), 45–60.
- ABIZADEH, A. (2007). Cooperation, Pervasive Impact, and Coercion: On the Scope (not Site) of Distributive Justice. *Philosophy & Public Affairs*, 35(4), 318–358.
- ABIZADEH, A. (2008). Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders. *Political Theory*, 36(1), 37–65.
- ABIZADEH, A. (2010). Democratic Legitimacy and State Coercion: A Reply to David Miller. *Political Theory*, 38(1), 121–130.
- ABIZADEH, A. (2012). On the Demos and Its Kin: Nationalism, Democracy, and the Boundary Problem. *American Political Science Review*, 106(4), 867–882.
- AGNÉ, H. (2006). A Dogma of Democratic Theory and Globalization: Why Politics Need not Include Everyone it Affects. *European Journal of International Relations*, 12(3), 433–458.
- AKANDE, D. (2009). The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities. *Journal of International Criminal Justice*, 7(2), 333–352.
- AKEHURST, M. (1975). Custom as a Source of International Law. *British Yearbook of International Law*, 47, 1–53.
- AKEHURST, M. (1976). Equity and General Principles of Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, 25(4), 801–825.
- ALEGRE, M. (2007). Extreme Poverty in a Wealthy World: What Justice Demands Today. En T. Pogge (Ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor* (pp. 237–254). Oxford: Oxford University Press.
- ALEGRE, M. (2010). *Igualdad, derecho y política*. México D.F.: Fontamara.

- ALEGRE, M. (2011). Arriola, Bazterrica, y la igualdad democrática. *Lecciones y Ensayos*, 89, 121–139.
- ALEGRE, M., BUIS, E. J., & MAISLEY, N. (2011). Los nuevos programas y políticas en materia de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y su fundamento jurídico y democrático. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 9(18), 11–32.
- ALEXANDER, L., & SCHAUER, F. (2009). Rules of Recognition, Constitutional Controversies, and the Dizzying Dependence of Law on Acceptance. En M. Adler & K. E. Himma (Eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution* (pp. 175–192). Oxford: Oxford University Press.
- ALFORD, R. P. (2000). The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendancy. *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 94, 160–165.
- ALLOTT, P. (2004). *The Health of Nations. Society and Law beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ALTER, K. J., & RAUSTIALA, K. (2018). The Rise of International Regime Complexity. *Annual Review of Law and Social Science*, 14(1), 329–349.
- ALVAREZ, J. E. (2006). *International Organizations as Law-Makers*. Oxford: Oxford University Press.
- ALVAREZ, J. E. (2007). International Law and Democratic Theory. Introducing the Themes. *Victoria U. Wellington L. Rev.*, 1.
- ALVAREZ, J. E. (2016). Is the Trans-Pacific Partnership’s Investment Chapter the New “Gold Standard”? *ILJ Working Paper (MegaReg Series)*, 2016(3), 1–47.
- ALVAREZ, J. E. (2017). *The Impact of International Organizations on International Law*. Leiden: Brill.
- ALVAREZ-JIMÉNEZ, A. (2011). Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice’s Jurisprudence: 2000–2009. *International & Comparative Law Quarterly*, 60(3), 681–712.
- AMAN, A. C. J. (2004). *The Democracy Deficit. Taming Globalization through Law Reform*. New York and London: New York University Press.

- AMERASINGHE, C. F. (2005). *Principles of the Institutional Law of International Organizations. Second Edition*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ANDERSON, K. (2000). The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society. *European Journal of International Law*, 11(1), 91–120.
- ANDERSON, K. (2001). The Limits of Pragmatism in American Foreign Policy: Unsolicited Advice to the Bush Administration on Relations With International Nongovernmental Organizations. *Chicago Journal of International Law*, 2(2). Recuperado a partir de <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol2/iss2/10>
- ANDERSON, K. (2009). What NGO Accountability Means—And Does Not Mean. *American Journal of International Law*, 103(1), 170–178.
- ANDERSON, K., & RIEFF, D. (2005). Global Civil Society: A Sceptical View. En H. Anheier, M. Glasius, & M. Kaldor (Eds.), *Global Civil Society 2004/5* (pp. 1–15). London: SAGE.
- ANGHIE, A. (2004). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ANGHIE, A. (2008). TWAIL: Past and future. *Int'l Comm. L. Rev.*, 10, 479.
- ANGHIE, A. (2016). Hacia un Derecho Internacional Poscolonial. *Derecho y Crítica Social*, 2(1), 71–99.
- ANHEIER, H. (2007). Reflections on the concept and measurement of global civil society. *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, 18(1), 1–15.
- ANHEIER, H., GLASIUS, M., & KALDOR, M. (2001). Introducing Global Civil Society. En H. Anheier, M. Glasius, & M. Kaldor (Eds.), *Global Civil Society 2001* (pp. 3–22). Oxford: Oxford University Press.
- ARCHIBUGI, D. (1993). The reform of the UN and cosmopolitan democracy: a critical review. *Journal of peace research*, 30(3), 301–315.
- ARCHIBUGI, D. (1998). Principles of Cosmopolitan Democracy. En D. Archibugi, D. Held, & M. Köhler (Eds.), *Re-imagining Political Community* (pp. 198–228). Cambridge: Polity.

- ARCHIBUGI, D. (2003). A Critical Analysis of the Self-determination of Peoples: A Cosmopolitan Perspective. *Constellations*, 10(4), 488–505.
- ARCHIBUGI, D. (2004). Cosmopolitan democracy and its critics: a review. *European journal of international relations*, 10(3), 437–473.
- ARCHIBUGI, D. (2008). *The Global Commonwealth of Citizens. Toward cosmopolitan democracy*. Princeton University Press.
- ARCHIBUGI, D. (2012). Cosmopolitan democracy: a restatement. *Cambridge Journal of Education*, 42(1), 9–20.
- ARCHIBUGI, D., & CELLINI, M. (2017). The Internal and External Levers to Achieve Global Democracy. *Global Policy*, 8(S6), 65–77.
- ARCHIBUGI, D., & HELD, D. (2011). Cosmopolitan democracy: paths and agents. *Ethics & International Affairs*, 25(4), 433–461.
- ARCHIBUGI, D., & KOENIG-ARCHIBUGI, M. (2003). Globalization, Democracy and Cosmopolis: A Bibliographical Essay. En D. Archibugi (Ed.), *Debating Cosmopolitics* (pp. 273–291). London and New York: Verso.
- ARCHIBUGI, D., KOENIG-ARCHIBUGI, M., & MARCHETTI, R. (EDS.). (2012a). *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ARCHIBUGI, D., KOENIG-ARCHIBUGI, M., & MARCHETTI, R. (2012b). Introduction. Mapping Global Democracy. En D. Archibugi, M. Koenig-Archibugi, & R. Marchetti (Eds.), *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives* (pp. 1–21). Cambridge: Cambridge University Press.
- ARENDT, H. (1970). Karl Jaspers: Citizen of the World? En H. Arendt (Ed.), *Men in Dark Times*. London: Cape.
- ARNESON, R. J. (2003). Defending the Purely Instrumental Account of Democratic Legitimacy. *Journal of Political Philosophy*, 11(1), 122–132.
- ARRHENIUS, G. (2005). The Boundary Problem in Democratic Theory. En F. Tersman (Ed.), *Democracy Unbound: Basic Explorations I* (pp. 14–29). Stockholm: Filosofiska institutionen, Stockholms Universitet.

- ARSANJANI, M. (2012). The United Nations and International Law-Making. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, 362, 9–39.
- ASTON, J. D. (2001). The United Nations Committee on Non-governmental Organizations: Guarding the Entrance to a Politically Divided House. *European Journal of International Law*, 12(5), 943–962.
- AUST, A. (2007). *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BABER, W. F., & BARTLETT, R. V. (2009). *Global Democracy and Sustainable Jurisprudence. Deliberative Environmental Law*. Cambridge and London: The MIT Press.
- BÄCKSTRAND, K. (2006). Democratizing global environmental governance? Stakeholder democracy after the world summit on sustainable development. *European Journal of International Relations*. Recuperado a partir de <http://ejt.sagepub.com/content/12/4/467.short>
- BÄCKSTRAND, KARIN, KAHN, J., KRONSELL, A., & LÖVBRAND, E. (2010). *Environmental Politics and Deliberative Democracy*. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar Publishing.
- BAKER, R. (2010). Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates. *European Journal of International Law*, 21(1), 173–204.
- BARBER, B. (1984). *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*. Berkeley: University of California Press.
- BARBERIS, J. A. (1991). Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 14, 11–41.
- BARREIROS, L. (2009). El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación. En M. Pinto (Ed.), *Las Fuentes del Derecho Internacional en la Era de la Globalización* (pp. 31–89). Buenos Aires: Eudeba.
- BARREIROS, L., & MAISLEY, N. (2016). Las relaciones exteriores en la constitución argentina. En R. Gargarella & S. Güidi (Eds.), *Comentarios de la Constitución de*

- la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria* (Vol. 1, pp. 385–404). Buenos Aires: La Ley.
- BATLU, R. (2000–2001). A Journey from Havana to Paris: The Fifty-Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment. *The World Trade Organization, Globalization, and the Future of International Trade: Essay. Fordham International Law Journal*, 24, 275–316.
- BAYÓN, J. C. (2009). ¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica? *Diritto & Questioni Pubbliche*, 9, 189–228.
- BECK, U. (2004). *Qué es la Globalización. Falacias del Globalismo, respuestas a la Globalización*. Buenos Aires: Paidós.
- BECKETT, J. (2001). Behind Relative Normativity: Rules and Processes as Prerequisites of Law. *European Journal of International Law*, 12(4), 627–650.
- BECKETT, J. (2008). The Hartian Tradition in International Law. *The Journal of Jurisprudence*, 1, 51–83.
- BECKMAN, L. (2009). *The Frontiers of Democracy: The Right to Vote and its Limits*. Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan.
- BECKMAN, L. (2014). The Subjects of Collectively Binding Decisions: Democratic Inclusion and Extraterritorial Law. *Ratio Juris*, 27(2), 252–270.
- BEIJERMAN, M. (2018). Practice what you Preach? Limitations to Imposing Democratic Norms on NGOs. *International Community Law Review*, 20(1), 3–29.
- BEITZ, C. (1975). Justice and International Relations. *Philosophy & Public Affairs*, 4(4), 360–389.
- BEITZ, C. (1979). *Political Theory and International Relations*. Princeton: Princeton University Press.
- BEITZ, C. (2000). Rawls's Law of Peoples. *Ethics*, 110(4), 669–696.
- BEITZ, C. (2009). *The Idea of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- BEN-ARI, R. H. (2012). *The Normative Position of International Non-Governmental Organizations under International Law*. Leiden and Boston: Martinus Nijhoff.



- BEN-ARI, R. H. (2013). *The Legal Status of International Non-Governmental Organizations. Analysis of Past and Present Initiatives (1912–2012)*. Leiden and Boston: Martinus Nijhoff.
- BENHABIB, S. (2012). Is There a Human Right to Democracy? Beyond Interventionism and Indifference. En C. Corradetti (Ed.), *Philosophical Dimensions of Human Rights. Some Contemporary Views*. (pp. 191–213). Dordrecht: Springer.
- BENVENISTI, E. (1999). Exit and Voice in the Age of Globalization. *Michigan Law Review*, 98(1), 167–213. doi:10.2307/1290198
- BENVENISTI, E. (2004). Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency. En E. Benvenisti & M. Hirsch (Eds.), *The Impact of International Law on International Cooperation. Theoretical Perspectives* (pp. 85–116). Cambridge: Cambridge University Press.
- BENVENISTI, E. (2013). Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders. *American Journal of International Law*, 107(2), 295–333.
- BENVENISTI, E. (2014a). *The Law of Global Governance*. The Hague: Brill Nijhoff.
- BENVENISTI, E. (2014b). The Law of Global Governance. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, 368, 49–279.
- BENVENISTI, E. (2016). Democracy Captured: The Mega-Regional Agreements and the Future of Global Public Law. *Constellations*, 23(1), 58–70.
- BERNSTEIN, S., & HANNAH, E. (2008). Non-State Global Standard Setting and the WTO : Legitimacy and the Need for Regulatory Space. *Journal of international economic law*, 11(3), 575–608.
- BESSON, S. (2005). The Paradox of Democratic Representation. On Whether and How Disagreement Should be Represented. En L. Wintgens (Ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence* (pp. 125–161). Aldershot: Ashgate.
- BESSON, S. (2009). Institutionalising global democracy. En L. H. Meyer (Ed.), *Legitimacy, Justice and Public International Law* (pp. 58–91). Cambridge: Cambridge University Press.

- BESSON, S. (2010). Theorizing the Sources of International Law. En S. Besson & J. Tasioulas (Eds.), *The Philosophy of International Law* (pp. 163–185). Oxford: Oxford University Press.
- BESSON, S. (2011a). Human rights and democracy in a global context: decoupling and recoupling. *Ethics & Global Politics*, 4(1), 19–50.
- BESSON, S. (2011b). Sovereignty, International Law and Democracy. *European Journal of International Law*, 22(2), 373–387.
- BESSON, S. (2016). State Consent and Disagreement in International Law-Making. Dissolving the Paradox. *Leiden Journal of International Law*, 29(2), 289–316.
- BESSON, S. (2017). International Legal Theory qua Practice of International Law. En A. Nollkaemper, J. d’Aspremont, T. Gazzini, & W. Werner (Eds.), *International Law as a Profession* (pp. 268–284). Cambridge: Cambridge University Press.
- BESSON, S., & MARTÍ, J. L. (EDS.). (2006). *Deliberative Democracy and its Discontents*. Aldershot and Burlington: Ashgate.
- BESSON, S., & MARTÍ, J. L. (2009). Law and Republicanism: Mapping the Issues. En S. Besson & J. L. Martí (Eds.), *Legal Republicanism: National and International Perspectives* (pp. 3–36). Oxford: Oxford University Press.
- BESSON, S., & MARTÍ, J. L. (2018). Legitimate actors of international law-making: towards a theory of international democratic representation. *Jurisprudence*, 9(2), 1–37.
- BEXELL, M., TALLBERG, J., & UHLIN, A. (2010). Democracy in Global Governance: The Promises and Pitfalls of Transnational Actors. *Global Governance*, 16(1), 81–101.
- BIANCHI, A. (2010). Textual interpretation and (international) law reading: the myth of (in)determinacy and the genealogy of meaning. En P. Bekker, R. Dolzer, & M. Waibel (Eds.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts* (pp. 34–55). Cambridge: Cambridge University Press.
- BIANCHI, A. (2016). *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford: Oxford University Press.

- BICKEL, A. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- BJORGE, E. (2014). *The Evolutionary Interpretation of Treaties*. Oxford: Oxford University Press.
- BJORGE, E. (2015). The Vienna Rules, Evolutionary Interpretation, and the Intentions of the Parties. En A. Bianchi, D. Peat, & M. Windsor (Eds.), *Interpretation in International Law* (pp. 189–204). Oxford: Oxford University Press.
- BLAKE, M. (2002). Distributive Justice, State Coercion, and Autonomy. *Philosophy & Public Affairs*, 30(3), 257–296.
- BLONDIAUX, L., & SINTOMER, Y. (2004). El imperativo deliberativo. *Estudios Políticos*, 24, 95–114.
- BODANSKY, D. (1999). The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law? *American Journal of International Law*, 93(3), 596–624.
- BODANSKY, D. (2014). Does Custom Have A Source? *AJIL Unbound*, 108, 179–183.
- BOGDAN, M. (1977). General Principles of Law and the Problem of Lacunae in the Law of Nations. *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, 46, 37–53.
- BOGDANDY, A. V., DANN, P., & GOLDMANN, M. (2010). Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. En A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, P. Dann, & M. Goldmann (Eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions* (pp. 3–32). Berlin & Heidelberg: Springer.
- BOGDANDY, A. VON, DANN, P., & GOLDMANN, M. (2010). Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. En A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, P. Dann, & M. Goldmann (Eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions* (pp. 3–32). Berlin & Heidelberg: Springer.
- BOHMAN, J. (1996). *Public Deliberation. Pluralism, Complexity, and Democracy*. Cambridge and London: The MIT Press.

- BOHMAN, J. (1998). Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy. *The Journal of Political Philosophy*, 6(4), 400–425.
- BOHMAN, J. (1999). International Regimes and Democratic Governance: Political Equality and Influence in Global Institutions. *International Affairs*, 75(3), 499–513.
- BOHMAN, J. (2001). Cosmopolitan republicanism: citizenship, freedom and global political authority. *The Monist*, 84(1), 3–21.
- BOHMAN, J. (2005). The Democratic Minimum: Is Democracy a Means to Global Justice? *Ethics & International Affairs*, 19(1), 101–116.
- BOHMAN, J. (2007). *Democracy across Borders. From Dêmos to Dêmoi*. Cambridge and London: The MIT Press.
- BOHMAN, J. (2010). Democratising the global order: from communicative freedom to communicative power. *Review of International Studies*, 36, 431–447.
- BOHMAN, J. (2012). Representation in the deliberative system. En J. Parkinson & J. Mansbridge (Eds.), *Deliberative Systems: Deliberative democracy at the large scale* (pp. 72–94). Cambridge: Cambridge University Press.
- BOHMAN, J., & REHG, W. (EDS.). (1997). *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge: The MIT Press.
- BÖHMER, MARTÍN. (2005). Metas comunes: la enseñanza y la construcción del derecho en la Argentina. *Sistemas judiciales*, 5(9), 26–38.
- BÖHMER, MARTIN. (2009). Equalizers and Translators: Lawyers' Ethics in a Constitutional Democracy. *Fordham Law Review*, 77, 1363–1382.
- BOISSON DE CHAZOURNES, L. (2000). Policy Guidance and Compliance: The World Bank Operational Standards. En D. Shelton (Ed.), *Commitment and Compliance* (pp. 281–303). Oxford: Oxford University Press.
- BOISSON DE CHAZOURNES, L., & SANDS, P. (1999). Introduction. En *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (pp. 1–26). Cambridge: Cambridge University Press.

- BOLTON, J. (2000). Should We Take Global Governance Seriously? *Chicago Journal of International Law*, 1(2), 205–221.
- BOS, M. (1980). Theory and Practice of Treaty Interpretation - Part II. *Netherlands International Law Review*, 27(2), 135–170.
- BOYLE, A., & CHINKIN, C. (2007). *The Making of International Law*. Oxford/New York: Oxford University Press.
- BRAY, D., & SLAUGHTER, S. (2015). *Global Democratic Theory: A Critical Introduction*. Cambridge: Polity.
- BRENNAN, G., & HAMLIN, A. (2000). *Democratic Devices and Desires*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BRETON-LE GOFF, G. (2003). *L'Influence des Organisations Non Gouvernementales (ONG) sur la Négociation de Quelques Instruments Internationaux*. Bruxelles: Bruylant.
- BRIGHOUSE, H. (1996). Egalitarianism and Equal Availability of Political Influence. *The Journal of Political Philosophy*, 4(2), 118–141.
- BROCK, G., & BRIGHOUSE, H. (2005). *The Political Philosophy of Cosmopolitanism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BROWNLIE, I. (2003). *Principles of Public International Law* (6th ed.). Oxford: Oxford University Press.
- BROWNLIE, I. (2008). *Principles of International Law* (7th ed.). Oxford: Oxford University Press.
- BRÜHL, T. (2010). Representing the People? NGOs in International Negotiations. En J. Steffek & K. Hahn (Eds.), *Evaluating Transnational NGOs* (pp. 181–199). London: Palgrave Macmillan.
- BRUNÉE, J. (2010). Consent. En (R. Wolfrum, Ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- BRUNKHORST, H. (2002). Globalising Democracy Without a State: Weak Public, Strong Public, Global Constitutionalism. *Millennium*, 31(3), 675–690.

- BUCHANAN, A. (2004). *Justice, legitimacy, and self-determination: moral foundations for international law*. Oxford/New York: Oxford University Press.
- BUCHANAN, A., & KEOHANE, R. (2006). The Legitimacy of Global Governance Institutions. *Ethics & International Affairs*, 20(4), 405–437.
- BUERGENTHAL, T. (2001). Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad? *Leiden Journal of International Law*, 14(2), 267–275.
- BUIS, E. J. (2015). El derecho internacional público: concepto, características y evolución histórica. En S. González Napolitano (Ed.), *Lecciones de Derecho Internacional* (pp. 1–22). Buenos Aires: Errejus.
- BYERS, M. (2002). The Shifting Foundations of International Law: A Decade of Forceful Measures against Iraq. *European Journal of International Law*, 13(1), 21–41.
- CABRERA, L. (2004). *Political Theory of Global Justice: A Cosmopolitan Case for the World State*. London: Routledge.
- CALABRESI, G. (1970). *The Cost of Accidents*. New Haven and London: Yale University Press.
- CALHOUN, C. (ED.). (1992a). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press.
- CALHOUN, C. (1992b). Introduction: Habermas and the public sphere. En C. Calhoun (Ed.), *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press.
- ÇALI, B. (2009). On Interpretivism and International Law. *European Journal of International Law*, 20(3), 805–822.
- CAMERON, M. A., TOMLIN, B. W., & LAWSON, R. J. (EDS.). (1998). *To Walk without Fear: The Global Movement to Ban Landmines*. Toronto & New York: Oxford University Press.
- CAMPBELL, T. (1996). *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot: Dartmouth.
- CANEY, S. (2008). Global Distributive Justice and the State. *Political Studies*, 56(3), 487–518.
- CAPPS, P. (2009). *Human Dignity and the Foundations of International Law*. Oxford and Portland: Hart.

- CAPPS, P. (2012). Lauterpacht's Method. *British Yearbook of International Law*, 82(1), 248–280.
- CAPPS, P. (2014). International Legal Positivism and Modern Natural Law. En J. Kammerhofer & J. D'Aspremont (Eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (pp. 213–240). Cambridge: Cambridge University Press.
- CAPRI, A. (2017, marzo 30). Three Reasons Why The TPP Is Still As Good As Gold. *Forbes*. Recuperado 11 de febrero de 2018, a partir de <https://www.forbes.com/sites/alexcapri/2017/03/30/three-reasons-tpp-good/>
- CAROTHERS, T., & BARNDT, W. (1999). Civil Society. *Foreign Policy*, (117), 18–29.
- CASSESE, A. (1995). *Self-Determination of Peoples: a Legal Reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CASSESE, A. (2011). Final Remarks: By Way of Conclusion. En *Five Masters of International Law: Conversations with R-J Dupuy, E Jiménez de Aréchaga, R Jennings, L Henkin and O Schachter* (pp. 251–272). London: Hart.
- CASSESE, A. (2012). States: Rise and Decline of the Primary Subjects of the International Community. En B. Fassbender & A. Peters (Eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (pp. 49–69). Oxford: Oxford University Press.
- CASSESE, A., & WEILER, J. (EDS.). (1988). *Change and Stability in International Law-Making*. Berlin and New York: Gruyter.
- CASSESE, S. (2004). Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation. *NYU Journal of International Law and Politics*, 37(4), 663–694.
- CASSESE, S. (2015). Global administrative law: The state of the art. *International Journal of Constitutional Law*, 13(2), 465–468.
- CASTELLS, M. (2008). The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 616(1), 78–93.
- CELANO, B. (2013). Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law. En J. Ferrer Beltrán, J. J. Moreso, & D. Papayannis (Eds.), *Neutrality and Theory of Law* (pp. 175–202). Dordrecht: Springer.

- CHAMBERS, S. (2003). Deliberative Democratic Theory. *Annual Review of Political Science*, 6(1), 307–326.
- CHARLESWORTH, H. (1987). Customary International Law and the Nicaragua Case. *Australian Yearbook of International Law*, 11, 1–31.
- CHARLESWORTH, H. (1994). Transforming the United Men’s Club: Feminist Futures for the United Nations. *Transnational Law & Contemporary Problems*, 4, 421.
- CHARLESWORTH, H. (1999). The Gender of International Law, Proceedings of the Ninety-Third Annual Meeting of the American Society of International Law. *American Society of International Law Proceedings*, 93, 206–207.
- CHARLESWORTH, H. (2012). Law-Making and Sources. En J. Crawford & M. Koskeniemi (Eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (pp. 187–201). Cambridge: Cambridge University Press.
- CHARLESWORTH, H. (2017). International Legal Encounters with Democracy. *Global Policy*, 8(S6), 34–43.
- CHARLESWORTH, H., CHINKIN, C., & WRIGHT, S. (1991). Feminist Approaches to International Law. *American Journal of International Law*, 85(4), 613–645.
- CHARNEY, J. I. (1985). The exclusive economic zone and public international law. *Ocean Development & International Law*, 15(3–4), 233–288.
- CHARNOVITZ, S. (1997). Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance. *Michigan Journal of International Law*, 18, 183–286.
- CHARNOVITZ, S. (2006a). Accountability of Non-Governmental Organizations in Global Governance. En L. Jordan & P. van Tuijl (Eds.), *NGO Accountability: Politics, Principles and Innovations* (pp. 21–42). London: Earthscan.
- CHARNOVITZ, S. (2006b). Nongovernmental Organizations and International Law. *The American Journal of International Law*, 100(2), 348–372.
- CHARNOVITZ, S. (2011). The Illegitimacy of Preventing NGO Participation. *Brooklyn Journal of International Law*, 36, 891–910.
- CHAYES, A., & CHAYES, A. H. (1995). *The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements*. Cambridge: Harvard University Press.



- CHEN, L.-C. (2015). *An Introduction to Contemporary International Law. A Policy-Oriented Perspective* (3rd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- CHENG, B. (1953a). *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals* (Stevens &.). London.
- CHENG, B. (1953b). The Meaning and Scope of article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice. *The Grotius Society Transactions*, 128–132.
- CHENG, B. (1953c). The Meaning and Scope of article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice. *The Grotius Society Transactions*, 128–132.
- CHENG, B. (1965). United Nations Resolutions on Outer Space: Instant Customary Law. *Indiana Journal of International Law*, 5, 23–112.
- CHENG, B. (1987). *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge: Grotius Publications Limited.
- CHETAIL, V. (2016). Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations: An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel. *European Journal of International Law*, 27(4), 901–922.
- CHIMNI, B. S. (1999). Marxism and international law: A contemporary analysis. *Economic and Political Weekly*, 337–349.
- CHIMNI, B. S. (2018). Customary International Law: A Third World Perspective. *American Journal of International Law*, 112(1), 1–46.
- CHINKIN, C. (1989). The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, 38(4), 850–866.
- CHOI, S. J., & GULATI, M. (2016). Customary International Law: How Do Courts Do It? En C. A. Bradley (Ed.), *Custom's Future. International Law in a Changing World* (pp. 117–147). Cambridge: Cambridge University Press.
- CHOKSI, S. (2001). The Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal: 1999 Protocol on Liability and Compensation. *Ecology Law Quarterly*, 28(2), 509–540.

- CHOZICK, A. (2015, julio 10). Hillary Clinton Opposes Obama's Trans-Pacific Trade Deal. *The New York Times*. Recuperado a partir de <https://www.nytimes.com/politics/first-draft/2015/10/07/hillary-clinton-opposes-obamas-trans-pacific-trade-deal/>
- CHRISTIANO, T. (2008). *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits*. Oxford: Oxford University Press.
- CHRISTIANO, T. (2010). Democratic Legitimacy and International Institutions. En J. Tasioulas & S. Besson (Eds.), *The Philosophy of International Law* (pp. 119–137). Oxford: Oxford University Press.
- CHRISTIANO, T. (2011a). An Instrumental Argument for a Human Right to Democracy. *Philosophy & Public Affairs*, 39(2), 142–176.
- CHRISTIANO, T. (2011b). Is democratic legitimacy possible for international institutions? En D. Archibugi, M. Koenig-Archibugi, & R. Marchetti (Eds.), *Global Democracy: Normative and Empirical Perspectives* (pp. 69–95). Cambridge University Press.
- CHRISTIANO, T. (2013). Authority. En E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2013.). Metaphysics Research Lab, Stanford University. Recuperado a partir de <https://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/authority/>
- CHRISTIANO, T. (2015). Democracy. En E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2015.). Metaphysics Research Lab, Stanford University. Recuperado a partir de <https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/democracy/>
- CHRISTIANO, T. (2016). Ronald Dworkin, State Consent and Progressive Cosmopolitanism. En W. Waluchow & S. Sciaraffa (Eds.), *The Legacy of Ronald Dworkin* (pp. 49–69). Oxford: Oxford University Press.
- CLARK, A. M. (2001). *Diplomacy of Conscience: Amnesty International and Changing Human Rights Norms*. Princeton: Princeton University Press.

- CLARKE, J. (2002). The World Bank and civil society. An evolving experience. En J. A. Scholte & A. Schnabel (Eds.), *Civil Society and Global Finance* (pp. 111–127). New York: Routledge.
- COHEN, G. A. (2009). *Why Not Socialism?* Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- COHEN, H. G. (2015, diciembre 1). Methodology and Misdirection: Custom and the ICJ. *EJIL Talk!* Recuperado a partir de <https://www.ejiltalk.org/methodology-and-misdirection-a-response-to-stefan-talmon-on-custom-and-the-icj/>
- COHEN, J. (1989). Deliberation and democratic legitimacy. En A. Hamlin & P. Pettit (Eds.), *The Good Polity: Normative Analysis of the State* (pp. 17–34). New York: Basil Blackwell.
- COHEN, J. (1996). Procedure and Substance in Deliberative Democracy. En S. Benhabib (Ed.), *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political* (pp. 95–119). Princeton: Princeton University Press.
- COHEN, J. (1998). Democracy and Liberty. En J. Elster (Ed.), *Deliberative democracy* (pp. 185–231). Cambridge: Cambridge University Press.
- COHEN, J. (1999). Reflections on Habermas on Democracy. *Ratio Juris*, 12(4), 385–416.
- COHEN, J. L. (2012). *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy and Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- COHEN, J. L., & ARATO, A. (1994). *Civil Society and Political Theory*. Cambridge: The MIT Press.
- COHEN, J., & SABEL, C. F. (2004). Global Democracy? *NYU Journal of International Law and Politics*, 1–36.
- COHEN, J., & SABEL, C. F. (2006). Extra Rempublicam Nulla Justitia? *Philosophy & Public Affairs*, 34(2), 147 – 175.
- COLÁS, A. (2002). *International Civil Society: Social Movements in World Politics*. Cambridge: Polity.
- COLLINGWOOD, V., & LOGISTER, L. (2005). State of the Art: Addressing the INGO ‘Legitimacy Deficit’. *Political Studies Review*, 3(2), 175–192.

- CONSTANT, B. (1819). De la liberté des anciens comparée a celle des modernes. En *Ecrits Politiques*. Paris: Gallimard.
- CORDER, H., BLEAZARD, J., & GLAZEWSKI, J. (EDS.). (2009). *Global Administrative Law: Development and Innovation*. Cape Town: Juta.
- CORREA, C. M. (2000). *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options*. Zed Books.
- COURTIS, C., & BOVINO, A. (2001). Por una dogmática conscientemente política. En C. Courtis (Ed.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho* (pp. 183–222). Buenos Aires: Eudeba.
- CRAWFORD, J. (2007). *The Creation of States in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- CRAWFORD, J., & MARKS, S. (1998). The Global Democratic Deficit: an Essay in International Law and its Limits. En D. Archibugi, D. Held, & M. Köhler (Eds.), *Re-imagining Political Community: Studies in Cosmopolitan Democracy* (pp. 72–90). Stanford: Stanford University Press.
- CROUCH, C. (2014). Democracy at a TTIP’ing point: Seizing a slim chance to reassert democratic sovereignty in Europe. *Juncture*, 21(3), 176–181.
- DAHL, R. (1990). *After the Revolution? Authority in a Good Society* (Revised ed. edition.). New Haven: Yale University Press.
- DAHL, R. (1999). Can International Organizations be Democratic? A Skeptic’s View. En I. Shapiro & C. Hacker-Cordon (Eds.), *Democracy’s Edges*. Cambridge: Cambridge University Press.
- D’AMATO, A. (1970). The Relation of Theories of Jurisprudence to International Politics and Law. *Washington & Lee Law Review*, 27, 257–277.
- D’ASPREMONT, J. (2011). *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford: Oxford University Press.
- D’ASPREMONT, J. (2012). Reductionist Legal Positivism in International Law. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 106, 368–370.

- D'ASPREMONT, J. (2014). Herbert Hart in today's international legal scholarship. En J. Kammerhofer & J. D'Aspremont (Eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (pp. 114–150). Cambridge: Cambridge University Press.
- D'ASPREMONT, J. (2015). The Multidimensional Process of Interpretation: Content-Determination and Law-Ascertainment Distinguished. En A. Bianchi, D. Peat, & M. Windsor (Eds.), *Interpretation in International Law* (pp. 111–130). Oxford: Oxford University Press.
- D'ASPREMONT, J., & KAMMERHOFER, J. (2014). Introduction: The future of international legal positivism. En J. D'Aspremont & J. Kammerhofer (Eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (pp. 1–19). Cambridge: Cambridge University Press.
- DAVIS, K., KINGSBURY, B., & MERRY, S. E. (2012). Indicators as a Technology of Global Governance. *Law & Society Review*, 46(1), 71–104.
- DE BÚRCA, G. (2008). Developing Democracy beyond the State. *Columbia Journal of Transnational Law*, 46, 221.
- DE BÚRCA, G. (2010). New Governance and Experimentalism: An Introduction. *Wisconsin Law Review*, 2010, 227–238.
- DE BÚRCA, G. (2017). Human Rights Experimentalism. *American Journal of International Law*, 111(2), 277–316.
- DE BÚRCA, G., KEOHANE, R. O., & SABEL, C. (2013). New Modes of Pluralist Global Governance. *New York University Journal of International Law and Politics*, 45, 723–786.
- DE BÚRCA, G., KEOHANE, R. O., & SABEL, C. (2014). Global Experimentalist Governance. *British Journal of Political Science*, 44(3), 477–486.
- DE FROUVILLE, O. (2008). Domesticating civil society at the United Nations. En P.-M. Dupuy & L. Vierucci (Eds.), *NGOs in International Law: Efficiency in Flexibility?* (pp. 71–115). Cheltenham and Northampton: Edward Elgar Publishing.

- DE SOUSA SANTOS, B., & RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (EDS.). (2005). *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DE WAAL, A., & STANTON, G. H. (2009). Should President Omar al-Bashir of Sudan Be Charged and Arrested by the International Criminal Court? An Exchange of Views. *Genocide Studies and Prevention*, 4(3), 329–353.
- DE WET, E. (2006). The International Constitutional Order. *International and Comparative Law Quarterly*, 55(1), 51–76.
- DELLA PORTA, D., ANDRETTA, M., MOSCA, L., & REITER, H. R. (2006). *Globalization From Below: Transnational Activists And Protest Networks*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- DIAMOND, L. (2015). Facing up to the democratic recession. *Journal of Democracy*, 26(1), 141–155.
- DICKSON, J. (2001). *Evaluation and Legal Theory*. London: Hart.
- DINGWERTH, K. (2007). *The New Transnationalism. Transnational Governance and Democratic Legitimacy*. (S. Leibfried, A. Hurrelmann, K. Martens, & P. Mayer, Eds.). Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- DINGWERTH, K. (2014). Global democracy and the democratic minimum: Why a procedural account alone is insufficient. *European Journal of International Relations*, 20(4), 1124–1147.
- DONALDSON, M., & KINGSBURY, B. (2013). Ersatz Normativity or Public Law in Global Governance: The Hard Case of International Prescriptions for National Infrastructure Regulation. *Chicago Journal of International Law*, 14, 1–52.
- DÖRR, O. (2012). Article 31. General Rule of Interpretation. En O. Dörr & K. Schmalenbach (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary* (pp. 521–570). Heidelberg: Springer.
- DOYLE, M. W. (1997). *Ways of War and Peace*. New York and London: W. W. Norton & Company.
- DOYLE, M. W. (2001). A more perfect union? The liberal peace and the challenge of globalization. *Review of International Studies*, 26(05), 81 – 94.

- DRAINVILLE, A. (2004). *Contesting Globalization. Space and place in the world economy*. New York: Routledge.
- DRYZEK, J. (2000). *Deliberative Democracy and Beyond. Liberals, Critics, Contestations*. Oxford: Oxford University Press.
- DRYZEK, J. (2008). Two Paths to Global Democracy. *Ethical Perspectives*, 15(4), 469–486.
- DRYZEK, J. (2010). *Foundations and Frontiers of Deliberative Governance*. Oxford: Oxford University Press.
- DRYZEK, J. (2012). Global Civil Society: The Progress of Post-Westphalian Politics. *Annual Review of Political Science*, 15(1), 101–119.
- DRYZEK, J., & NIEMEYER, S. (2008). Discursive Representation. *American Political Science Review*, 102(4), 481–493.
- DUNOFF, J. L. (1998). The misguided debate over NGO participation at the WTO. *Journal of International Economic Law*, 433–456.
- DUNOFF, J. L., & TRACHTMAN, J. P. (EDS.). (2009). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DUPUY, P.-M., & VIÑUALES, J. E. (2013). The Challenge of “Proliferation”: An Anatomy of the Debate. En C. P. R. Romano, K. Alter, & C. Avgerou (Eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication* (pp. 135–157). Oxford: Oxford University Press.
- DWORKIN, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- DWORKIN, R. (1985). *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press.
- DWORKIN, R. (1986). *Law’s Empire*. Cambridge and London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- DWORKIN, R. (1987). What is Equality? Part 4: Political Equality. *University of San Francisco Law Review*, 22, 1–30.
- DWORKIN, R. (2000). *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge and London: Harvard University Press.

- DWORKIN, R. (2006). *Justice in Robes*. Cambridge and London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- DWORKIN, R. (2013). A New Philosophy for International Law. *Philosophy & Public Affairs*, 41(1), 2–30.
- EBBESSON, J. (1997). The Notion of Public Participation in International Environmental Law. *Yearbook of International Environmental Law*, 8.
- EDWARDS, M. (2011). Introduction: Civil Society and the Geometry of Human Relations. En M. Edwards (Ed.), *The Oxford Handbook of Civil Society* (pp. 3–14). Oxford: Oxford University Press.
- ELIASSON, L. J., & HUET, P. G.-D. (2018). TTIP negotiations: interest groups, anti-TTIP civil society campaigns and public opinion. *Journal of Transatlantic Studies*, 16(2), 101–116.
- ELLIS, J. (2002). International Regimes and the Legitimacy of Rules: A Discourse-Ethical Approach. *Alternatives: Global, Local, Political*, 27(3), 273–300.
- ELSTER, J. (ED.). (1998a). *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ELSTER, J. (1998b). Introduction. En J. Elster (Ed.), *Deliberative Democracy* (pp. 1–18). Cambridge: Cambridge University Press.
- ELSTER, J. (2016). Icelandic Constitution-making in Comparative Perspective. *Iceland's Financial Crisis: The Politics of Blame, Protest, and Reconstruction*, 187.
- ELY, J. H. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.
- ERIKSEN, S. S., & SENDING, O. J. (2013). There is no global public: the idea of the public and the legitimation of governance. *International Theory*, 5(2), 213–237.
- ERMAN, E. (2013). Political Equality and Legitimacy in a Global Context. En E. Erman & S. Näsström (Eds.), *Political Equality in Transnational Democracy* (pp. 61–87). New York: Palgrave Macmillan.
- ESLAVA, L., & PAHUJA, S. (2011). Between resistance and reform: TWAIL and the universality of international law. *Trade L. & Dev.*, 3, 103.



- ESPÓSITO, C. (1999). Soberanía, derecho y política en la sociedad internacional: Ensayo sobre la autonomía relativa del Derecho internacional. *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 34, 1–78.
- ESPÓSITO, C. (2010). Soberanía e igualdad en el derecho internacional. *Estudios Internacionales*, 165, 171–196.
- ESTLUND, D. (2011). *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- ESTY, D. (2006). Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law. *The Yale Law Journal*, 115(7), 1490–1562.
- FABRE, C. (2014). Cosmopolitanism and Wars of Self-Defence. En C. Fabre & S. Lazar (Eds.), *The Morality of Defensive War* (pp. 85–109). Oxford: Oxford University Press.
- FAHNER, J. H. (2017). Revisiting the human right to democracy: a positivist analysis. *The International Journal of Human Rights*, 21(3), 321–341.
- FALK, R. (1968). On Treaty Interpretation and the New Haven Approach: Achievements and Prospects. *Virginia Journal of International Law*, 8, 323–355.
- FALK, R. (2000a). Global civil society and the democratic prospect. En B. Holden (Ed.), *Global Democracy: Key Debates* (pp. 162–178). London: Routledge.
- FALK, R. (2000b). The Decline of Citizenship in an Era of Globalization. *Citizenship Studies*, 4(1), 5 – 17.
- FALK, R. (2003). On the Political Relevance of Global Civil Society. En J. Dunning (Ed.), *Making Globalization Good: The Moral Challenges of Global Capitalism*. Oxford: Oxford University Press.
- FALK, R. (2007). What Comes after Westphalia: The Democratic Challenge. *Widener Law Review*, 13, 243–255.
- FALK, R., & STRAUSS, A. (2000a). On the creation of a global peoples assembly: legitimacy and the power of popular sovereignty. *Stan. J. Int'l L.*, 1.

- FALK, R., & STRAUSS, A. (2000b). On the Creation of a Global Peoples Assembly: Legitimacy and the Power of Popular Sovereignty. *Stanford Journal of International Law*, 36(2), 191–219.
- FASTENRATH, U. (1993). Relative Normativity in International Law. *European Journal of International Law*, 4, 305–340.
- FEINBERG, J. (1986). *Harm to Self: The Moral Limits of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- FEINBERG, J. (1987). *Harm to Others: Moral Limits of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- FEREJOHN, J., & ROSENBLUTH, F. (2010). Electoral Representation and the Aristocratic Thesis. En I. Shapiro, S. Stokes, E. J. Wood, & A. Kirshner (Eds.), *Political Representation* (pp. 271–303). Cambridge: Cambridge University Press.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (2007). *Sovereignty and Interpretation of International Norms*. Berlin: Springer.
- FIDLER, D. P. (1996). Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law. *German Yearbook of International Law*, 39, 198.
- FISHKIN, J. S. (1991). *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*. New Haven: Yale University Press.
- FISHKIN, J. S. (2009). *When People Speak. Deliberative Democracy & Public Consultation*. Oxford: Oxford University Press.
- FISS, O. (2012a). La misión democrática de la Universidad. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 10(20), 269–286.
- FISS, O. (2012b). The Democratic Mission of the University. *Albany Law Review*, 76, 735.
- FITZMAURICE, G. (1951). Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points. *British Yearbook of International Law*, 28, 1–28.

- FITZMAURICE, M., ELIAS, O., & MERKOURIS, P. (EDS.). (2010). *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*. Leiden and Boston: Martinus Nijhoff.
- FLORINI, A. (2004). Is Global Civil Society a Good Thing? *New Perspectives Quarterly*, 21(2), 72–76.
- FLORINI, A. (ED.). (2012). *The Third Force: The Rise of Transnational Civil Society*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press.
- FOLLESDAL, A. (2016). Implications of contested multilateralism for global constitutionalism. *Global Constitutionalism*, 5(3), 297–308.
- FORST, R. (2001). The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy. *Ratio Juris*, 14(4), 345–378. doi:10.1111/1467-9337.00186
- FORST, R. (2013). Transnational Justice and Democracy: Overcoming Three Dogmas of Political Theory. En E. Erman & S. Näsström (Eds.), *Political Equality in Transnational Democracy* (pp. 41–59). Palgrave Macmillan, New York.
- FOSTER, C. (2008). Public Opinion and the Interpretation of the World Trade Organisation's Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures. *Journal of International Economic Law*, 11(2), 427–458.
- FOUCAULT, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica: curso en el College de France (1978-1979)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- FOURNIAU, J.-M. (2001). Information, access to decision-making and public debate in France: the growing demand for deliberative democracy. *Science and Public Policy*, 28(6), 441–451.
- FOX, G. H. (1992). The Right to Political Participation in International Law. *Yale Journal of International Law*, 17(2), 539–607.
- FOX, G. H. (2000). *Democratic governance and international law*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press.
- FOX, G. H. (2008). *Democracy, Right to, International Protection*. Oxford University Press.

- FRANCK, T. (1990). *The Power of Legitimacy among Nations*. Oxford: Oxford University Press.
- FRANCK, T. (1992). The Emerging Right to Democratic Governance. *American Journal of International Law*, 86(1), 46–91.
- FRANCK, T. (1999). Lessons of Kosovo. *American Journal of International Law*, 93(4), 857–860.
- FRASER, N. (1990). Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. *Social Text*, (25/26), 56–80.
- FRASER, N. (2010). *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*. New York: Columbia University Press.
- FREEMAN JALET, F. T. (1963). The Quest for the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations - A study. *UCLA Law Review*, 10, 1041–1086.
- FRIEDMANN, W. (1963). The Uses of “General Principles” in the Development of International Law. *American Journal of International Law*, 57(2), 279–299.
- FUNG, A. (2013). The Principle of Affected Interests: An Interpretation and Defense. En J. Nagel & R. Smith (Eds.), *Representation: Elections and Beyond* (pp. 236–268). Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- GAETA, P. (2009). Does President Al Bashir enjoy immunity from arrest? *Journal of International Criminal Justice*, 7(2), 315–332.
- GALSTON, W. (1991). *Liberal Purposes: Goods, Virtues and Duties in the Liberal State*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GARCÍA GIBSON, F. (2016). Desigualdad global y coerción. *Análisis filosófico*, 36(1), 55–73.
- GARDINER, R. (2008). *Treaty Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- GARGARELLA, R. (1998a). Full Representation, Deliberation, and Impartiality. En J. Elster (Ed.), *Deliberative democracy* (pp. 260–280). Cambridge: Cambridge University Press.
- GARGARELLA, R. (1998b). La Constitución de la Democracia Deliberativa según Carlos Nino. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 3(1), 193–198.

- GARGARELLA, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós.
- GARSTEN, B. (2010). Representative government and popular sovereignty. En I. Shapiro, S. Stokes, E. J. Wood, & A. Kirshner (Eds.), *Political Representation* (pp. 90–110). Cambridge: Cambridge University Press.
- GATHII, J. T. (2011). TWAIL: A brief history of its origins, its decentralized network, and a tentative bibliography. *Trade L. & Dev.*, 3, 26.
- GEIGER, R. (2011). Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal. En U. Fastenrath, R. Geiger, D.-E. Khan, A. Paulus, S. von Schorlemer, & C. Vedder (Eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma* (pp. 673–694). Oxford: Oxford University Press.
- GERMAIN, R., & KENNY, M. (2005). *The Idea of Global Civil Society. Politics and Ethics in a Globalizing Era*. London and New York: Routledge.
- GHEYLE, N., & DE VILLE, F. (2017). How much is enough? Explaining the continuous transparency conflict in TTIP. *Politics and Governance*, 5(3), 16–28.
- GILABERT, P. (2012). Is there a Human Right to Democracy? A response to Joshua Cohen. *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, 1(2), 1–37.
- GILLS, B., & ROCAMORA, J. (1992). Low intensity democracy. *Third World Quarterly*, 13(3), 501–523.
- GLASIUS, M. (2006). *The International Criminal Court: A global civil society achievement*. London/New York: Routledge.
- GLEESON, B. (2001). *Governing for the environment: global problems, ethics, and democracy*. New York: St. Martin's Press.
- GOLDMANN, M. (2010). Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority. En *The Exercise of Public Authority by International Institutions* (pp. 661–711). Springer, Berlin, Heidelberg.

- GOLDMANN, M. (2016). A matter of perspective: Global governance and the distinction between public and private authority (and not law). *Global Constitutionalism*, 5(1), 48–84.
- GOLDSMITH, J. L., & POSNER, E. A. (2006). *The Limits of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- GOODIN, R. (2007). Enfranchising all affected interests, and its alternatives. *Philosophy & Public Affairs*, 35(1), 40–68.
- GOODIN, R. (2016). Enfranchising all subjected, worldwide. *International Theory*, 8(3), 365–389.
- GÖRG, C., & HIRSCH, J. (1998). Is International Democracy Possible? *Review of International Political Economy*, 5(4), 585–615.
- GOTTLIEB, G. (1969). The Interpretation of Treaties by Tribunals. *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, 63, 122–140.
- GOULD, C. (2007). Transnational Solidarities. *Journal of Social Philosophy*, 38(1), 148–164.
- GRAHAM, E. M. (1998). Regulatory Takings, Supernational Treatment, and the Multilateral Agreement on Investment: Issues Raised by Nongovernmental Organizations National Treatment of Foreign Investment: Exceptions and Conditions. *Cornell International Law Journal*, 31, 599–614.
- GRIFFIN, C. (2003). Debate: Democracy as a Non-Instrumentally Just Procedure. *The Journal of Political Philosophy*, 11(1), 111–121.
- GROSSMAN, C., & BRADLOW, D. (s. f.). Are We Being Propelled towards a People-Centered Transnational Legal Order. *American University Journal of International Law and Policy*, 9(1), 1–25.
- GROSSMAN, N. (2012). Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts. *Chicago Journal of International Law*, 12, 647–685.
- GUILLAUME, G. (2004). Advantages and Risks of Proliferation: A Blueprint for Action. *Journal of International Criminal Justice*, 2(2), 300–303.

- GUILLAUME, G. (2006). *Methods and Practice of Treaty Interpretation by the International Court of Justice*. En G. Sacerdoti, A. Yanovich, & J. Bohanes (Eds.), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GUTMANN, A., & THOMPSON, D. (2004). *Why Deliberative Democracy?* Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- GUTTING, G., & OKSALA, J. (2018). Michel Foucault. En E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2018.). Metaphysics Research Lab, Stanford University. Recuperado a partir de <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/foucault/>
- GUZMAN, A. (2008). *How International Law Works. A Rational Choice Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- HABERMAS, J. (1990). *Moral Consciousness and Communicative Action*. (C. Lenhardt & S. Weber Nicholse, Trans.). Cambridge/Maldon: Polity.
- HABERMAS, J. (1991). *The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*. Cambridge: The MIT Press.
- HABERMAS, J. (1996). *Between Facts and Norms* (First Paperback Edition, 1998.). Cambridge: The MIT Press.
- HABERMAS, J. (2001). *The Postnational Constellation. Political Essays*. Cambridge and London: MIT Press.
- HABERMAS, J. (2006). Religion in the Public Sphere. *European Journal of Philosophy*, 14(1), 1–25.
- HABERMAS, J. (2007). A Political Constitution for the Pluralist World Society? *Journal of Chinese Philosophy*, 34(3), 331–343.
- HABERMAS, J. (2008). The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society. *Constellations*, 15(4), 444–455.
- HABERMAS, J. (2010). The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*, 41(4), 464–480.

- HAILBRONNER, K., & GOGOLIN, J. (2013). Aliens. En (R. Wolfrum, Ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- HALL, C. (2007). Recognizing the Passion in Deliberation: Toward a More Democratic Theory of Deliberative Democracy. *Hypatia*, 22(4), 81–95.
- HANNUM, H. (1998, enero 3). The Specter of Secession: Responding to Claims for Ethnic Self-Determination. *Foreign Affairs*, (March/April 1998). Recuperado a partir de <https://www.foreignaffairs.com/articles/1998-03-01/specter-secession-responding-claims-ethnic-self-determination>
- HARLOW, C. (2006). Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values. *European Journal of International Law*, 17(1), 187–214.
- HARMES, A. (2014). New constitutionalism and multilevel governance. En S. Gill & A. C. Cutler (Eds.), *New Constitutionalism and World Order* (pp. 143–158). Cambridge: Cambridge University Press.
- HART, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. Oxford/New York: Clarendon Press - Oxford University Press.
- HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, LAW OF TREATIES. (1935). Article 19. Interpretation of Treaties. *The American Journal of International Law*, 29, 937–977.
- HAYSOM, K. (2014). Civil Society and Social Movements. En B. Fultner (Ed.), *Jürgen Habermas: Key Concepts* (pp. 177–195). Abingdon: Routledge.
- HAZARD, J. N. (1958). The General Principles of Law. *American Journal of International Law*, 52(1), 91–96.
- HAZENBERG, H. (2015). The Legitimacy of the Global Order. *International Theory*, 7(2), 294–329.
- HEINS, V. (2005). Global civil society as politics of faith. En G. Baker & D. Chandler (Eds.), *Global Civil Society: Contested Futures* (pp. 159–172). London & New York: Routledge.
- HELD, D. (1995a). *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*. Stanford: Stanford Univer.



- HELD, D. (1995b). *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*. Stanford: Stanford University Press.
- HELD, D. (1997a). Democracy and globalization. *Global governance*, 3, 251.
- HELD, D. (1997b). Globalization and cosmopolitan democracy. *Peace Review*, 9(3), 309–314.
- HELD, D. (2004). Democratic Accountability and Political Effectiveness from a Cosmopolitan Perspective. *Government and Opposition*, 39(2), 364–391.
- HELD, D. (2009). Restructuring global governance: Cosmopolitanism, democracy and the global order. *Millennium*, 37(3), 535–547.
- HELD, D. (2010). Principles of Cosmopolitan Order. En D. Held & G. Wallace (Eds.), *The Cosmopolitanism Reader*. Cambridge: Polity.
- HELD, D., & KOENIG-ARCHIBUGI, M. (EDS.). (2003). *Taming globalization: frontiers of governance*. Cambridge and Malden: Polity.
- HELD, D., & MCGREW, A. (EDS.). (2000). *The Global Transformations Reader. An Introduction to the Globalization Debate* (Second.). Cambridge and Malden: Polity.
- HELD, D., & MCGREW, A. (2003). *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*. Barcelona: Paidós.
- HENDRIKS, C. M. (2006). Integrated Deliberation: Reconciling Civil Society's Dual Role in Deliberative Democracy. *Political Studies*, 54(3), 486–508.
- HENKIN, L. (1979). *How Nations Behave*. New York: Columbia University Press.
- HENKIN, L. (1989). International Law: Politics, Values and Functions. General Course on Public International Law. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, 216, 9–416.
- HENKIN, L. (1996). Human Rights and State Sovereignty. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 25, 31.
- HERNÁNDEZ, G. (2014a). Interpretation. En J. Kammerhofer & J. D'Aspremont (Eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (pp. 317–348). Cambridge: Cambridge University Press.

- HERNÁNDEZ, G. (2014b). *The International Court of Justice and the Judicial Function*. Oxford: Oxford University Press.
- HERNÁNDEZ, G. (2017). The Responsibility of the International Legal Academic. En A. Nollkaemper, J. d'Aspremont, T. Gazzini, & W. Werner (Eds.), *International Law as a Profession* (pp. 160–188). Cambridge: Cambridge University Press.
- HIGGINS, R. (1973). The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay in and Leave a Country. *International Affairs*, 49(3), 341–357.
- HIGGINS, R. (1989). Human rights: some questions of integrity. *Commonwealth Law Bulletin*, 15, 598–614.
- HOBBS, T. (1651). *Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*. London.
- HOBE, S. (2012). The Economic and Social Council, Procedure, Article 71. En B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte, & A. Paulus (Eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary* (3<sup>a</sup> ed., Vol. II, pp. 1788–1815). Oxford University Press.
- HOLDEN, B. (ED.). (2000). *Global Democracy: Key Debates*. London: Routledge.
- HOLLIS, D. (2015). The Existential Function of Interpretation in International Law. En A. Bianchi, D. Peat, & M. Windsor (Eds.), *Interpretation in International Law* (pp. 78–110). Oxford: Oxford University Press.
- HOWSE, R., & TEITEL, R. (2010). Beyond Compliance: Rethinking Why International Law Really Matters. *Global Policy*, 1(2), 127–136.
- ILA. (2000). *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*. London. Recuperado a partir de <https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf>
- ILA. (2012). *Second Report of the Committee Non-State Actors in International Law: Lawmaking and Participation Rights*. Sofia. Recuperado a partir de <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/E1B513C8-FCFF-4F8D-8C047815E1FDF8AE>

- IRIYE, A. (2002). The Growth of Civil Society. En *Global Community: The Role of International Organizations in the Making of the Contemporary World* (pp. 126–156). Berkeley: University of California Press.
- JACOBS, F. G. (1969). Varieties of Approach to Treaty Interpretation: With Special Reference to the Draft Convention on the Law of Treaties before the Vienna Diplomatic Conference. *The International and Comparative Law Quarterly*, 18(2), 318–346.
- JARVIK, L. (2007). NGOs: A ‘New Class’ in International Relations. *Orbis*, 51(2), 217–238.
- JOERGES, C., & PETERSMANN, E.-U. (EDS.). (2006). *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*. Oxford and Portland: Hart.
- JOHNSTONE, I. (2003). Security Council Deliberations: The Power of the Better Argument. *European Journal of International Law*, 14(3), 437–480.
- JOHNSTONE, I. (2011). *The Power of Deliberation. International Law, Politics and Organizations*. Oxford: Oxford University Press.
- JONAS, D. S., & SAUNDERS, T. N. (2010). The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 43, 565–609.
- JONES, P. (1988). Intense Preferences, Strong Beliefs and Democratic Decision-making. *Political Studies*, XXXVI, 7–29.
- JONES, P. (1999). Group Rights and Group Oppression. *The Journal of Political Philosophy*, 7(4), 353–377.
- JORDAN, L. (2011). Global Civil Society. En M. Edwards (Ed.), *The Oxford Handbook of Civil Society* (pp. 93–108). Oxford: Oxford University Press.
- JOSEPH, S., & CASTAN, M. (2013). *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- JULIUS, A. J. (2003). Basic Structure and the Value of Equality. *Philosophy & Public Affairs*, 31(4), 321–355.
- JULIUS, A. J. (2006). Nagel’s Atlas. *Philosophy & Public Affairs*, 34(2), 176–192.

- KADELBACH, S. (2010). From Public International Law to International Public Law: A Comment on the “Public Authority” of International Institutions and the “Publicness” of their Law. En A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, P. Dann, & M. Goldmann (Eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions* (pp. 33–50). Berlin & Heidelberg: Springer.
- KADELBACH, S., & KLEINLEIN, T. (2008). International Law – a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles. *German Yearbook of International Law*, 50, 2–39.
- KADENS, E., & YOUNG, E. A. (2013). How Customary is Customary International Law. *William & Mary Law Review*, 54, 885–920.
- KAHANE, D., WEINSTOCK, D., LEYDET, D., & WILLIAMS, M. (EDS.). (2010). *Deliberative Democracy in Practice*. Vancouver: UBC Press.
- KALDOR, M. (1991). The Idea of Global Civil Society. *International Affairs*, 79(3), 583–593.
- KAMMERHOFER, J. (2014). Hans Kelsen in today’s international legal scholarship. En J. Kammerhofer & J. D’Aspremont (Eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (pp. 81–113). Cambridge: Cambridge University Press.
- KANT, I. (1795). Perpetual Peace. En H. Reiss (Ed.), *Kant’s Political Writings*. New York: Cambridge University Press.
- KATEB, G. (1981). The moral distinctiveness of representative democracy. *Ethics*, 91, 357–374.
- KATZ, H. (2006). Gramsci, Hegemony, and Global Civil Society Networks. *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, 17(4), 332–347.
- KAUL, I., GRUNBERG, I., & STERN, M. (EDS.). (1999). *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. Oxford: Oxford University Press.
- KEANE, J. (2003). *Global Civil Society?* Cambridge: Cambridge University Press.
- KEANE, J. (2010). Civil Society, Definitions and Approaches. En (H. Anheier & S. Toepler, Eds.) *International Encyclopedia of Civil Society*. New York: Springer.

- KECK, M. E. (2004). Governance regimes and the politics of discursive representation. En N. Piper & A. Uhlin (Eds.), *Transnational activism in Asia: Problems of power and democracy* (pp. 61–78). London: Routledge.
- KECK, M. E., & SIKKINK, K. (1998). *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*. Ithaca: Cornell University Press.
- KELLY, J. P. (2000). The Twilight of Customary International Law. *Virginia Journal of International Law*, 40, 449.
- KELSEN, H. (1966). *Principles of International Law*. London: Holt, Rinehart and Winston.
- KELSEN, H. (1967). *Pure Theory of Law*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- KENNEDY, D. (1985). The Turn to Interpretation. *Southern California Law Review*, 58, 251–275.
- KENNEDY, D. (1987). The Sources of International Law. *American University International Law Review*, 2(1), 1–96.
- KEOHANE, R. (2003). Global Governance and Democratic Accountability. En D. Held & M. Koenig-Archibugi (Eds.), *Taming Globalization: Frontiers of Governance* (pp. 130–159). Oxford: Polity.
- KEOHANE, R. O. (1998). International Institutions: Can Interdependence Work? *Foreign Policy*, (110), 82–194.
- KINGSBURY, B. (1998). The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law. *Michigan Journal of International Law*, 19, 345–372.
- KINGSBURY, B. (1999). Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a systemic Problem Symposium Issue: The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle. *New York University Journal of International Law and Politics*, 31, 679–696.
- KINGSBURY, B. (2002a). First Amendment Liberalism as Global Legal Architecture: Ascriptive Groups and the Problems of the Liberal NGO Model of International Civil Society Essay. *Chicago Journal of International Law*, 3, 183–196.

- KINGSBURY, B. (2002b). Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law. *European Journal of International Law*, 13(2), 401–436.
- KINGSBURY, B. (2009a). International Law as Inter-Public Law. *Nomos*, 49, 167–204.
- KINGSBURY, B. (2009b). The Concept of 'Law' in Global Administrative Law. *European Journal of International Law*, 20(1), 23–57.
- KINGSBURY, B. (2009c). Weighing global regulatory rules and decisions in national courts : definitional issues in global administrative law : part I. *Acta Juridica*, 2009(1), 90–119.
- KINGSBURY, B. (2012a). International Courts: Uneven Judicialization in Global Order. En J. Crawford & M. Koskeniemi (Eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (pp. 290–308). Cambridge: Cambridge University Press.
- KINGSBURY, B. (2012b). Introduction: Global Administrative Law in the Institutional Practice of Global Regulatory Governance. En H. Cissé, D. Bradlow, & B. Kingsbury (Eds.), *International Financial Institutions and Global Legal Governance* (Vol. 3, pp. 3–33). Washington, D.C.: The World Bank. Recuperado a partir de <http://www.iilj.org/publications/international-financial-institutions-and-global-legal-governance/>
- KINGSBURY, B. (2015). Three models of “distributed administration”: Canopy, baobab, and symbiote. *International Journal of Constitutional Law*, 13(2), 478–481.
- KINGSBURY, B., & DONALDSON, M. (2011). From Bilateralism to Publicness in International Law. En U. Fastenrath, R. Geiger, D.-E. Khan, A. Paulus, S. von Schorlemer, & C. Vedder (Eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma* (pp. 80–89). Oxford: Oxford University Press.
- KINGSBURY, B., & DONALDSON, M. (2013). Roles of Law in the Regulatory States of the South. En N. K. Dabosh & B. Morgan (Eds.), *The Rise of the Regulatory State of the South: Infrastructure and Development in Emerging Economies* (pp. 256–266).
- KINGSBURY, B., DONALDSON, M., & VALLEJO, R. (2016). Global Administrative Law and Deliberative Democracy. En A. Orford & F. Hoffmann (Eds.), *The Oxford*

- Handbook of the Theory of International Law* (pp. 526–542). Oxford: Oxford University Press.
- KINGSBURY, B., KRISCH, N., & STEWART, R. B. (2005). The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, 68(3/4), 15–61.
- KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R. B., & WIENER, J. B. (2004). Global governance as administration-national and transnational approaches to global administrative law. *Law and Contemporary Problems*, 68(1), 15–61.
- KINGSBURY, B., MERTENSKÖTTER, P., STEWART, R. B., & STREINZ, T. (2018). The Trans-Pacific Partnership (TPP) as Mega-Regulation: Prescriptions for the State, Market Scaling, Mega-Region-Building, and Geopolitical Ordering in the Asia Pacific. En B. Kingsbury, R. B. Stewart, D. Malone, & A. Sunami (Eds.), *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering After TPP* (Forthcoming.). Oxford: Oxford University Press.
- KINGSBURY, B., & STEWART, R. B. (2009). *El nuevo derecho administrativo global en América Latina: desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo*. Buenos Aires: RAP.
- KINGSBURY, B., & STEWART, R. B. (2017). Three types of global administrative lawmaking: rulemaking, adjudication, and other law-based administrative determinations of particular matters. En *Global Administrative Law* (forthcoming).
- KINGSBURY, B., & STEWART, R. B. (EDS.). (2018). *Private-Public Ordering of Transnational Markets: Institutional Design, Global Administrative Law, and Shifting World Power* (Forthcoming.). Oxford: Oxford University Press.
- KINGSBURY, B., STEWART, R. B., MALONE, D., & SUNAMI, A. (EDS.). (2018). *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering After TPP* (Forthcoming.). Oxford: Oxford University Press.
- KIRGIS, F. (1987). Custom on a Sliding Scale. *The American Journal of International Law*, 81, 146.

- KIRTON, J. J., & TREBILCOCK, M. J. (2004). *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*. Aldershot, Hants, Brookfield: Routledge.
- KISSLING, C. (2008). The Evolution of CSOs' Legal Status in International Governance and Its Relevance for the Legitimacy of International Organizations. En J. Steffek, C. Kissling, & P. Nanz (Eds.), *Civil Society Participation in European and Global Governance. A Cure for the Democratic Deficit?* (pp. 30–52). Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- KLABBERS, J. (1997). Some problems regarding the object and purpose of treaties. *Finnish Yearbook of International Law*, VIII, 138–160.
- KLABBERS, J. (2002). *An Introduction to International Institutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KLABBERS, J. (2009a). Law-making and Constitutionalism. En J. Klabbers, A. Peters, & G. Ulfstein (Eds.), *The Constitutionalization of International Law* (pp. 81–125). Oxford: Oxford University Press.
- KLABBERS, J. (2009b). Setting the Scene. En J. Klabbers, A. Peters, & G. Ulfstein (Eds.), *The Constitutionalization of International Law* (pp. 1–44). Oxford: Oxford University Press.
- KLABBERS, J. (2010). Goldmann Variations. En A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, P. Dann, & M. Goldmann (Eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions* (pp. 713–726). Berlin & Heidelberg: Springer.
- KLABBERS, J. (2013). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KLABBERS, J., PETERS, A., & ULFSTEIN, G. (2009). *The Constitutionalization of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- KLEINLEIN, T. (2011). Non-state actors from an international constitutionalist perspective. Participation matters! En J. D'Aspremont (Ed.), *Participants in the International Legal System. Multiple perspectives on non-state actors in international law* (pp. 41–53). London and New York: Routledge.



- KLEINLEIN, T. (2012). Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism The Historical and Philosophical Background of International Constitutionalism. *Goettingen Journal of International Law*, 4, 385–416.
- KOBRIN, S. (2012). Multilateral Agreement on Investment. En *The Wiley-Blackwell Encyclopedia of Globalization*. American Cancer Society.
- KOENIG-ARCHIBUGI, M. (2011). Is global democracy possible? *European Journal of International Relations*, 17(3), 519–542.
- KOENIG-ARCHIBUGI, M. (2017). How to diagnose democratic deficits in global politics: the use of the ‘all-affected principle’. *International Theory*, 9(2), 171–202. doi:10.1017/S1752971916000312
- KOH, H. H. (1997). Why Do Nations Obey International Law? *The Yale Law Journal*, 106(8), 2599–2660.
- KOHEN, M., & SCHRAMM, B. (2013). General Principles of Law. En *Oxford Bibliographies*. Oxford University Press.
- KOLB, R. (2003). Selected Problems in the Theory of Customary International Law. *Netherlands International Law Review*, 50(2), 119–150.
- KOLB, R. (2006a). *Interprétation et création du droit international. Esquisse d’une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*. Brussels: Bruylant.
- KOLB, R. (2006b). Principles as Sources of International Law (with special reference to good faith). *Netherlands International Law Review*, 53(1), 1–36.
- KOSKENNIEMI, M. (1990). The Politics of International Law. *European Journal of International Law*, 1, 4–32.
- KOSKENNIEMI, M. (1997). Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law. *European Journal of International Law*, 2, 215–263.
- KOSKENNIEMI, M. (2002). *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KOSKENNIEMI, M. (2005). *From Apology to Utopia. The Structure of the International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press.

- KOSKENNIEMI, M. (2007). Methodology in International Law. En (R. Wolfrum, Ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press.
- KOTLIK, M. (2014). *Emerging Voices: Civil Society Organizations and the Committee on Enforced Disappearances—Towards Enhanced Participation in the Decision-Making Processes*. Recuperado a partir de <http://opiniojuris.org/2014/08/15/emerging-voices-civil-society-organizations-committee-enforced-disappearances-towards-enhanced-participation-decision-making-processes/>
- KRAJEWSKI, M. (2001). Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law. *Journal of World Trade*, 35, 167–186.
- KRAUSE, S. (2005). Desiring Justice: Motivation and Justification in Rawls and Habermas. *Contemporary Political Theory*, 4, 363–385.
- KRISCH, N. (2006). The Pluralism of Global Administrative Law. *European Journal of International Law*, 17(1), 247–278.
- KRISCH, N. (2010). *Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law*. Oxford: Oxford University Press.
- KRISCH, N. (2014). The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods. *American Journal of International Law*, 108(1), 1–40.
- KUMM, M. (2007). Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review. *European Journal of Legal Studies*, 1(2), 153–183.
- KUMM, M. (2010). The idea of Socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review. *Law & Ethics of Human Rights*, 4(2), 142–175.
- KUPER, A. (2000). Rawlsian Global Justice: Beyond the Law of Peoples to a Cosmopolitan Law of Persons. *Political Theory*, 28(5), 640–674.
- KUPER, A. (2004). *Democracy beyond borders: Justice and representation in global institutions. The*.
- KUYPER, J. (2014). Global democratization and international regime complexity. *European Journal of International Relations*, 20(3), 620–646.

- KUYPER, J. (2016). Global Democracy. En (E. N. Zalta, Ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- KYMLICKA, W. (1995). *Multicultural Citizenship*. Oxford: Oxford University Press.
- KYMLICKA, W. (2001). *Politics in the vernacular: Nationalism, multiculturalism, and citizenship*. Oxford: Oxford University Press.
- KYMLICKA, W. (2002). *Contemporary Political Philosophy. An Introduction* (Second Edi.). Oxford: Oxford University Press.
- LACHENMANN, F. (2011). Legal Positivism. En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- LACHS, M. (1983). In Memoriam: Sir Gerald Fitzmaurice. *Netherlands International Law Review*, 30(2), III–V.
- LAFONT, C. (2009). Alternative Visions of a New Global Order: What Should Cosmopolitans Hope For? En S. Besson & J. L. Martí (Eds.), *Legal Republicanism: National and International Perspectives* (pp. 256–277). Oxford: Oxford University Press.
- LAFONT, C. (2010). Can democracy go global? *Ethics and Global Politics*, 3(1), 13 – 19.
- LAFONT, C. (2017). Neoliberal globalization and the international protection of human rights. Presentado en Conference on the Legal Philosophy of Global Constitutionalism, Barcelona.
- LAGERSPETZ, E. (2015). Democracy and the All-Affected Principle. *Res Cogitans*, 10(1). Recuperado a partir de [https://tidsskrift.dk/res\\_cogitans/article/view/27221](https://tidsskrift.dk/res_cogitans/article/view/27221)
- LANDEMORE, H. (2015). Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment. *Journal of Political Philosophy*, 23(2), 166–191.
- LANGLOIS, A. J., & SOLTAN, K. E. (EDS.). (2009). *Global Democracy and its Difficulties*. London and New York: Routledge.
- LAUTERPACHT, H. (1925). Westlake and Present Day International Law. *Economica*, 15, 307.
- LAUTERPACHT, H. (1926). *Private law analogies in international law*. The London School of Economics and Political Science (LSE).

- LAUTERPACHT, H. (1927). *Private Law Sources and Analogies of International Law (with special reference to international arbitration)*. London: Longmans, Green and Co.
- LAUTERPACHT, H. (1932). The Nature of International Law and General Jurisprudence. *Economica*, (37), 301–320.
- LAUTERPACHT, H. (1946). The Grotian Tradition in International Law. *British Yearbook of International Law*, 23, 1–53.
- LAUTERPACHT, H. (1949). Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties. *British Yearbook of International Law*, 26, 48–85.
- LAUTERPACHT, H. (1970). The Subjects of International Law. En E. Lauterpacht (Ed.), *International Law. Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht, Volume I: The General Works* (pp. 136–150). Cambridge: Cambridge University Press.
- LAUTERPACHT, H. (2013). *An International Bill of the Rights of Man*. Oxford: Oxford University Press.
- LAVOPA, F. (2009). La delgada línea entre los ‘sujetos’ y los ‘actores’ del derecho internacional público en tiempos de globalización. El caso de la alianza transnacional de empresarios en la negociación del Acuerdo sobre Aspectos Relacionados con el Comercio de la Propiedad. En M. Pinto (Ed.), *Las Fuentes del Derecho Internacional en la Era de la Globalización* (pp. 91–120). Buenos Aires: Eudeba.
- LEFKOWITZ, D. (2010). The Sources of International Law: Some Philosophical Reflections. En S. Besson & J. Tasioulas (Eds.), *The Philosophy of International Law* (pp. 187–203). Oxford: Oxford University Press.
- LENARD, P. T. (2012). Creating Cosmopolitans. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 15(5), 613–630.
- LEPARD, B. D. (2012). *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LERNER, J. (2014). *Making Democracy Fun. How Game Design Can Empower Citizens and Transform Politics*. Cambridge: MIT Press.
- LETSAS, G. (2007). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

- LETSAS, G. (2010). Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer. *European Journal of International Law*, 21(3), 509–541.
- LEVITSKY, S., & WAY, L. (2015). The myth of democratic recession. *Journal of Democracy*, 26(1), 45–58.
- LIMA, C. (2016, junio 28). Trump calls trade deal “a rape of our country”. *POLITICO*. Recuperado a partir de <https://www.politico.com/story/2016/06/donald-trump-trans-pacific-partnership-224916>
- LINARES, S. (2016). Un nuevo proceso para la reforma constitucional argentina. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 17, 1–22.
- LINDBLOM, A.-K. (2006). *Non-Governmental Organisations in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LINDERFALK, U. (2010). *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Dordrecht: Springer.
- LIPPMAN, M. (1994). The Development and Drafting of the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. *BC Int'l & Comp. L. Rev.*, 17, 275.
- LIPSCHUTZ, R. D. (1992). Reconstructing World Politics: The Emergence of Global Civil Society. *Millennium*, 21(3), 389–420.
- LITTLE, A., & MACDONALD, K. (2013). Pathways to global democracy? Escaping the statist imaginary. *Review of International Studies*, 39(04), 789–813.
- LÓPEZ-GUERRA, C. (2005). Should Expatriates Vote? *Journal of Political Philosophy*, 13(2), 216–234.
- LORD, J. E., SUOZZI, D., & TAYLOR, A. L. (2010). Lessons from the Experience of U.N. Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Addressing the Democratic Deficit in Global Health Governance. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 38(3), 564–579.
- LORIAUX, S. (2011). What is so Special about the State? En D. Aurélio, G. De Angelis, & R. Queiroz (Eds.), *Sovereign Justice. Global Justice in a World of Nations* (pp. 107–126). Berlin: De Gruyter.

- LOVETT, F. (2013). Republicanism. En E. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 201.). Recuperado a partir de <http://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=republicanism>
- LOWE, V. (2000). The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing? En M. Byers (Ed.), *The Role of Law in International Politics* (pp. 207–226). Oxford: Oxford University Press.
- LOWE, V. (2007). *International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- MACCORMICK, N. (1985). A Moralistic Case for A-Moralistic Law? *Valparaiso University Law Review*, 20(1), 1–41.
- MACDONALD, T. (2008). *Global Stakeholder Democracy. Power and Representation Beyond Liberal States*. Oxford: Oxford University Press.
- MACDONALD, T. (2011). Citizens or stakeholders? Exclusion, equality and legitimacy in global stakeholder democracy. En *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives* (pp. 47–68). Cambridge: Cambridge University Press.
- MACINTYRE, A. (1995). Is Patriotism a Virtue? En R. Beiner (Ed.), *Theorizing Citizenship*. Albany: State University of New York Press.
- MADISON, J. (1787a). Federalist 10. En A. Hamilton, J. Madison, & J. Jay (Eds.), *The Federalist Papers*. New York: Penguin.
- MADISON, J. (1787b). Federalist 63. En A. Hamilton, J. Madison, & J. Jay (Eds.), *The Federalist Papers*. New York: Penguin.
- MAISLEY, N. (2013). The Case for Large Participatory Conferences as a Means of Decision Making in International Environmental Law. *Environmental Claims Journal*, 25(2), 111–126.
- MAISLEY, N. (2015a). Cohen v. Cohen: Why a Human Right to (Domestic and Global) Democracy Derives from the Right to Self-Determination. *Latin American Journal of Political Philosophy*, 4(5), 1–35.
- MAISLEY, N. (2015b). Completando un proyecto inconcluso. Una propuesta de aplicación de la teoría de la democracia deliberativa de Carlos Nino al plano global. *Análisis Filosófico*, 35(1), 275–308.

- MAISLEY, N. (2016). The Principle of Participation as a General Principle of Law: Why Civil Society can Derive a Right to Take Part in International Law-Making from Article 38.1.c of the ICJ Statute (Unpublished Manuscript).
- MAISLEY, N. (2017a). El campamento participativo. Por qué la representación política no es virtuosa en sí misma, sino en todo caso un mal necesario. *Lecciones y Ensayos*, (96), 51–86.
- MAISLEY, N. (2017b). The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making. *European Journal of International Law*, 28(1), 89–113.
- MAISLEY, N. (2018). ¿Deben participar las organizaciones religiosas en la creación del derecho internacional? Algunas reflexiones a partir del rol del Vaticano y los grupos “pro-familia” en la creación de la Corte Penal Internacional. En M. Alegre (Ed.), *Libres e iguales. Estudios sobre autonomía, género y religión*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).
- MAISLEY, N., & LOSADA REVOL, I. (2016). ¿Dworkin en La Haya? Las reglas de interpretación de la costumbre en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. En R. Pezzot & S. González Napolitano (Eds.), *Liber Amicorum Alejandro Turyn*. Buenos Aires: Eudeba.
- MALANCZUK, P. (1997). *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. New York: Routledge.
- MALLORY, J. L. (1986). Resolving the Confusion Over Head of State Immunity: The Defined Rights of Kings. *Columbia Law Review*, 86(1), 169–197.
- MANCA, L. (2017). Article 33 [National Implementation and Monitoring]. En V. Della Fina, R. Cera, & G. Palmisano (Eds.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary* (pp. 591–606). Cham, Switzerland: Springer.
- MANIN, B. (1997). *The Principles of Representative Government*. Cambridge: Cambridge University Press.

- MANSBRIDGE, J. (2006). Conflict and Self-Interest in Deliberation. En S. Besson & J. L. Martí (Eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents* (pp. 107–132). Aldershot/Burlington: Ashgate.
- MANSBRIDGE, J., BOHMAN, J., CHAMBERS, S., CHRISTIANO, T., FUNG, A., PARKINSON, J., ... WARREN, M. E. (2012). A systemic approach to deliberative democracy. En J. Parkinson & J. Mansbridge (Eds.), *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale* (pp. 1–26). Cambridge: Cambridge University Press.
- MANSBRIDGE, J., BOHMAN, J., CHAMBERS, S., ESTLUND, D., FØLLESDAL, A., FUNG, A., ... MARTÍ, J. L. (2010). The Place of Self-Interest and the Role of Power in Deliberative Democracy. *The Journal of Political Philosophy*, 18(1), 64–100.
- MARCHETTI, R. (2008). A matter of drawing boundaries: global democracy and international exclusion. *Review of International Studies*, 34(2), 207–224.
- MARCUS, G. E. (2002). *The Sentimental Citizen. Emotion in Democratic Politics*. University Park, Pennsylvania: Pennsylvania State University Press.
- MARGALIT, A., & RAZ, J. (1990). National Self-Determination. *Journal of Philosophy*, 87, 439–461.
- MARKS, S. (2000). *The Riddle of All Constitutions. International Law, Democracy and the Critique of Ideology*. Oxford: Oxford University Press.
- MARKS, S. (ED.). (2008). *International Law on the Left. Re-examining Marxist Legacies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MARMOR, A. (2005). Authority, Equality and Democracy. *Ratio Juris*, 18(3), 315–345.
- MARMOR, A. (2016). The Pure Theory of Law. En (E. N. Zalta, Ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado a partir de <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/lawphil-theory/>
- MARTENS, K. (2002). Mission Impossible? Defining Nongovernmental Organizations. *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, 13(3), 271–285.



- MARTENS, K. (2011). Civil society and accountability of the United Nations. En J. A. Scholte (Ed.), *Building Global Democracy? Civil Society and Accountable Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MARTÍ, J. L. (2006a). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- MARTÍ, J. L. (2006b). The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended Reasons, Rightness and Equal Political Autonomy. En S. Besson & J. L. Martí (Eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents* (pp. 27–56). Aldershot and Burlington: Ashgate.
- MARTÍ, J. L. (2008a). Sobre la normatividad de la filosofía del derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 25, 427–454.
- MARTÍ, J. L. (2008b). Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino. En M. Alegre, R. Gargarella, & C. Rosenkrantz (Eds.), *Homenaje a Carlos S. Nino* (pp. 307–324). Buenos Aires: La Ley - Facultad de Derecho (UBA).
- MARTÍ, J. L. (2010). A global republic to prevent global domination. *Diacrítica. Revista do Centro de Estudos Humanísticos da Universidade do Minho*, 24(2), 31–72.
- MARTÍ, J. L. (2012). Política y Bien Común Global. En C. Espósito & F. J. Garcimartín Alférez (Eds.), *La Protección de Bienes Jurídicos Globales* (pp. 17–37). Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- MARTÍ, J. L. (2017). Democratic Legitimacy and the Sources of International Law. En J. d'Aspremont & S. Besson (Eds.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- MARTIN, C. (2015). *El artículo 8 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Un escalón esencial en asegurar la paridad de género en órganos y tribunales internacionales*. Recuperado a partir de <http://www.gqualcampaign.org/articulo-8-de-la-convencion-sobre-la-eliminacion-de-todas-las-formas-de-discriminacion-contra-la-mujer-una-forma->

de-garantizar-la-paridad-de-genero-en-los-tribunales-internacionales-y-organismos-de-m/

- MARXSEN, C. (2015). The Promise of Global Democracy: The International Impact of Civil Society. *New York University Journal of International Law and Politics*, 47, 719–781.
- MATTHEW, R. A., & RUTHERFORD, K. R. (2003). The evolutionary dynamics of the movement to ban landmines. *Alternatives*, 28(1), 29–56.
- MAUS, I. (2006). From Nation-State to Global State, or the Decline of Democracy. *Constellations*, 13(4), 465–484.
- MAYER, P. (2008). Civil Society Participation in International Security Organizations: The Cases of NATO and the OSCE. En J. Steffek, C. Kissling, & P. Nanz (Eds.), *Civil Society Participation in European and Global Governance. A Cure for the Democratic Deficit?* (pp. 116–139). Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- MCCORQUODALE, R. (2004). An Inclusive International Legal System. *Leiden Journal of International Law*, 17(3), 477–504.
- MCDUGAL, M. S. (1967). The International Law Commission's Draft Articles upon Interpretation: Textuality Redivivus. *The American Journal of International Law*, 61(4), 992–1000.
- MCDUGAL, M. S., & GARDNER, R. N. (1951). The Veto and the Charter: An Interpretation for Survival. *Yale Law Journal*, 60, 258.
- MCDUGAL, M. S., LASSWELL, H., & MILLER, J. (1967). *The Interpretation of Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure*. New Haven: Yale University Press.
- MCNAIR, A. (1961). *The Law of Treaties*. Oxford: Clarendon Press.
- MENDELSON, M. (1998). The Formation of Customary International Law. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, 272.
- MERRILLS, J. G. (1969). Two Approaches to Treaty Interpretation. *Australian Year Book of International Law*, 4, 55–82.

- MERRY, S. E. (2001). Spatial Governmentality and the New Urban Social Order: Controlling Gender Violence through Law. *American Anthropologist*, 103(1), 16–29.
- MERRY, S. E. (2012). Human Rights Monitoring and the Question of Indicators. En M. Goodale (Ed.), *Human Rights at the Crossroads* (pp. 140–152). Oxford: Oxford University Press.
- MERRY, S. E. (2014). Global legal pluralism and the temporality of soft law. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 46(1), 108–122.
- MERRY, S. E. (2015). Firming Up Soft Law. En T. Halliday & G. Shaffer (Eds.), *Transnational Legal Orders* (pp. 374–399). Cambridge: Cambridge University Press.
- MERRY, S. E., & CONLEY, J. M. (2011). Measuring the world: Indicators, human rights, and global governance. *Current Anthropology*, 52(S3), 000–000.
- MICKELSON, K. (2008). Taking stock of TWAIL histories. *International Community Law Review*, 10(4), 355–362.
- MIÉVILLE, C. (2006). *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*. Chicago, IL: Haymarket Books.
- MILL, J. S. (2010). *Sobre la libertad*. (P. Stafforini, Ed.). Bernal: Universidad Nacional de Quilmes.
- MILLER, D. (1989a). In What Sense Must Socialism Be Communitarian. *Social Philosophy & Policy*, 6, 51–73.
- MILLER, D. (1989b). *Market, State, and Community Theoretical Foundations of Market Socialism*. Oxford: Oxford University Press.
- MILLER, D. (1995). *On Nationality*. Oxford: Oxford University Press.
- MILLER, D. (2009). Democracy's Domain. *Philosophy & Public Affairs*, 37(3), 201–228.
- MILLER, D. (2010). Against Global Democracy. En K. Breen & S. O'Neill (Eds.), *After the Nation? Critical Reflections on Nationalism and Postnationalism* (pp. 141–160). Basingstoke: Palgrave Macmillan.

- MILLER, D. (2011). The Idea of Global Citizenship. *Nuffield's Working Paper Series in Politics*, 2–23.
- MILLER, R. (1998). Cosmopolitan Respect and Patriotic Concern. *Philosophy & Public Affairs*, 27, 202–224.
- MITZEN, J. (2005). Reading Habermas in Anarchy: Multilateral Diplomacy and Global Public Spheres. *American Political Science Review*, 99(3), 401–417.
- MONTERO, J. (2016, mayo 31). Además de ingenieros y satélites, las humanidades. *Diario Clarín*. Buenos Aires. Recuperado a partir de [https://www.clarin.com/opinion/Ademas-ingenieros-satelites-humanidades\\_0\\_EkKWv\\_Sm-.html](https://www.clarin.com/opinion/Ademas-ingenieros-satelites-humanidades_0_EkKWv_Sm-.html)
- MORAVCSIK, A. (2004). Is there a ‘democratic deficit’ in world politics? A framework for analysis. *Government and Opposition*, 39(2), 336–363.
- MORRELL, M. E. (2010). *Empathy and Democracy: Feeling, Thinking and Deliberation*. University Park, Pennsylvania: Pennsylvania State University Press.
- MORSE, O. (1960). Schools of Approach to the Interpretation of Treaties. *Catholic University Law Review*, 9, 36.
- MOSLER, H. (1984). General Principles of Law. En *Encyclopedia of Public International Law*. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.
- MOUFFE, C. (2000). *The Democratic Paradox*. London: Verso.
- MUCHLINSKI, P. T. (2000). The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now. *International Lawyer (ABA)*, 34, 1033.
- MURPHY, L. (2001). The Political Question of the Concept of Law. En J. Coleman (Ed.), *Hart's Postscript* (pp. 371–409). Oxford: Oxford University Press.
- MURPHY, L. (2005). Concepts of Law. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 30, 1–19.
- MURPHY, L. (2008). Better to See Law This Way. *NYU Law Review*, 83, 1088–1108.
- MURPHY, L. (2014). *What Makes Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MUTUA, M. (2000). What is TWAIL? En *Proceedings of the ASIL Annual Meeting* (Vol. 94, pp. 31–38). Cambridge University Press.

- NAGEL, T. (2005). The Problem of Global Justice. *Philosophy & Public Affairs*, 33, 113–147.
- NANZ, P., & STEFFEK, J. (2004). Global Governance, Participation and the Public Sphere. *Government and Opposition*, 39(2), 314–335.
- NANZ, P., STEFFEK, J., & KISSLING, C. (EDS.). (2008). *Civil Society Participation in European and Global Governance. A Cure for the Democratic Deficit?* Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- NÄSSTRÖM, S. (2011). The Challenge of the All-Affected Principle. *Political Studies*, 59, 116–134.
- NEBLO, M. (2015). *Deliberative Democracy between Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NEBLO, M., ESTERLING, K., KENNEDY, R., LAZER, D., & SOKHEY, A. (2010). Who Wants To Deliberate - And Why? *The American Political Science Review*, 104(3), 566–583.
- NGUYEN QUOC, D., DAILLIER, P., & PELLET, A. (2002). *Droit International Public*. Paris: LGDJ.
- NIJMAN, J. E. (2004). *The Concept of International Legal Personality. An Inquiry into the History and Theory of International Law*. Den Haag: T.M.C. Asser Press.
- NINO, C. S. (1979). ¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres? *La Ley*, 743–757.
- NINO, C. S. (1985). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- NINO, C. S. (1988). La discusión crítica en nuestro medio académico. *Lecciones y Ensayos*, 50, 277–285.
- NINO, C. S. (1989). *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea.
- NINO, C. S. (1991). *The Ethics of Human Rights*. Oxford: Clarendon Press - Oxford University Press.
- NINO, C. S. (1992). *Un país al margen de la ley* (4ta edición, 2011.). Buenos Aires: Ariel.
- NINO, C. S. (1996). *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven and London: Yale University Press.

- NINO, C. S. (2013). *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- NINO, C. S. (2014). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- NOWAK, M. (2005). *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary* (2nd and revised edition.). Kehl: N.P. Engel.
- NOWROT, K. (1999). Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations Under International Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 6(2), 579–645.
- NOZICK, R. (1974). *Anarchy, state, and utopia*. New York: Basic Books.
- NUSSBAUM, M. (2003). *Cultivating humanity: A classical defence of reform in liberal education*. Cambridge: Harvard University Press.
- NYE, J. S. (2001). Globalization's Democratic Deficit: How to Make International Institutions More Accountable. *Foreign Affairs*, 80(4), 2–6.
- O'CONNELL, D. P. (1970). *International Law*. London: Stevens & Sons.
- ODDSDOTTIR, K. (2014). Iceland: The Birth of the World's First Crowd-Sourced Constitution. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 3, 1207.
- OKAFOR, O. C. (2005). Newness, imperialism, and international legal reform in our time: A Twail perspective. *Osgoode Hall LJ*, 43, 171.
- OPPENHEIM, L. (1905). *International Law: A Treatise*. Green: Longman.
- OPPENHEIM, L. (1992). *Oppenheim's International Law*. (R. Y. Jennings & A. Watts, Eds.) (9<sup>a</sup> ed.). Harlow: Longman.
- OQUENDO, A. (2008). Democracia deliberativa en Nino y Habermas. En M. Alegre, R. Gargarella, & C. Rosenkrantz (Eds.), *Homenaje a Carlos S. Nino* (pp. 269–306). Buenos Aires: La Ley - Facultad de Derecho (UBA).
- ORAKHELASHVILI, A. (2008). *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- ORFORD, A. (2014). Scientific Reason and the Discipline of International Law. *European Journal of International Law*, 25(2), 369–385.

- OVEJERO LUCAS, F. (2002). *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*. Barcelona: Paidós.
- OWEN, D. (2012). Constituting the polity, constituting the demos: on the place of the all affected interests principle in democratic theory and in resolving the democratic boundary problem. *Ethics & Global Politics*, 5(3), 129–152.
- PALLAS, C. (2010). Good Morals or Good Business? NGO Advocacy and the World Bank's 10th IDA. En E. Erman & A. Uhlin (Eds.), *Legitimacy Beyond the State?* (pp. 85–109). Palgrave Macmillan, London.
- PALMER, G. (1992). New Ways to Make International Environmental Law. *American Journal of International Law*, 86(2), 259–283.
- PAREKH, B. (2003). Cosmopolitanism and global citizenship. *Review of International Studies*, (December 2002), 3–17.
- PARKINSON, J., & MANSBRIDGE, J. (EDS.). (2012). *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PAUWELYN, J. (2012). Is It International Law or Not, and Does It Even Matter? En J. Pauwelyn, R. Wessel, & J. Wouters (Eds.), *Informal International Lawmaking* (pp. 125–161). Oxford: Oxford University Press.
- PAVEL, C. E. (2015). Boundaries, Subjection to Laws, and Affected Interests. En C. E. Pavel & D. Schmitz (Eds.), *The Oxford Handbook of Freedom* (p. 319).
- PEDRAZA-FARIÑA, L. (s. f.). Conceptions of civil society in international law- making and implementation: a theoretical framework.
- PELLET, A. (2010). Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making. En M. H. Arsanjani, J. Katz Cogan, R. D. Sloane, & S. Wiessner (Eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (pp. 1065–1083). Leiden and Boston: Martinus Nijhoff.
- PELLET, A. (2012). Article 38. En A. Zimmermann, K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat, & C. Tams (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary (2nd edition)* (pp. 731–870). Oxford: Oxford University Press.
- PERRY, S. R. (2001). Hart's Methodological Positivism. En J. Coleman (Ed.), *Hart's Postscript* (pp. 313–354). Oxford: Oxford University Press.

- PERUZZOTTI, E. (2006). Civil Society, Representation and Accountability: Restating Current Debates on the Representativeness and Accountability of Civic Associations. En L. Jordan & P. van Tuijl (Eds.), *NGO Accountability: Politics, Principles and Innovations* (pp. 43–58). London: Earthscan.
- PERUZZOTTI, E. (2010). Democratic Credentials or Bridging Mechanisms? Constituents, Representatives, and the Dual Politics of Democratic Representation. En E. Erman & A. Uhlin (Eds.), *Legitimacy Beyond the State?* (pp. 153–172). Palgrave Macmillan, London.
- PETER, F. (2008). *Democratic Legitimacy*. New York: Routledge.
- PETER, F. (2013). The Human Right to Political Participation. *Journal of Ethics & Social Philosophy*, 7(2), 1–16.
- PETER, F. (2017). Political Legitimacy. En (E. N. Zalta, Ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado a partir de <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>
- PETERS, A. (2001). There is Nothing More Practical than a Good Theory: an Overview of Contemporary Approaches to International Law. *German Yearbook of International Law*, 44, 25–37.
- PETERS, A. (2005). Global Constitutionalism Revisited. *International Legal Theory*, 11, 39–68.
- PETERS, A. (2006). Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, 19(3), 579–610.
- PETERS, A. (2009a). Dual Democracy. En J. Klabbers, A. Peters, & G. Ulfstein (Eds.), *The Constitutionalization of International Law* (pp. 263–341). Oxford: Oxford University Press.
- PETERS, A. (2009b). Membership in the Global Constitutional Community. En J. Klabbers, A. Peters, & G. Ulfstein (Eds.), *The Constitutionalization of International Law* (pp. 153–262). Oxford: Oxford University Press.
- PETERS, A. (2009c). The Merits of Global Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16(2), 397–411.



- PETERS, A. (2009d). Treaty Making Power. En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press.
- PETERS, A. (2012). Bienes Jurídicos Globales en un Orden Mundial Constitucionalizado. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 16, 75–90.
- PETERS, A. (2013). Realizing Utopia as a Scholarly Endeavour. *European Journal of International Law*, 24(2), 533–552.
- PETERS, A. (2015). The Transparency Turn of International Law. *The Chinese Journal of Global Governance*, 1, 3–15.
- PETERS, A. (2017). International Legal Scholarship Under Challenge. En A. Nollkaemper, J. d’Aspremont, T. Gazzini, & W. Werner (Eds.), *International Law as a Profession* (pp. 117–159). Cambridge: Cambridge University Press.
- PETERS, A., FÖRSTER, T., & KOECHLIN, L. (2009). Towards Non-State Actors as Effective, Legitimate, and Accountable Standard-Setters. En A. Peters, T. Förster, & L. Koechlin (Eds.), *Non-State Actors as Standard Setters*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PETERS, A., & PETER, S. (2012). International Organizations: between Technocracy and Democracy. En B. Fassbender, A. Peters, S. Peter, & D. Högger (Eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (pp. 170–197). Oxford: Oxford University Press.
- PETERSEN, N. (2017). The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law. *European Journal of International Law*, 28(2), 357–385.
- PETTIT, P. (1997). *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press.
- PETTIT, P. (2010a). A Republican Law of Peoples. *European Journal of Political Theory*, 9(1), 70–94.
- PETTIT, P. (2010b). Legitimate International Institutions: A Neo-Republican Perspective. En S. Besson & J. Tasioulas (Eds.), *The Philosophy of International Law* (pp. 139–160). Oxford: Oxford University Press.

- PETTIT, P. (2012). *On the People's Terms: a Republican Theory and Model of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PIEWITT, M., RODEKAMP, M., & STEFFEK, J. (2010). Civil Society in World Politics: How Accountable are Transnational CSOs? *Journal of Civil Society*, 6(3), 237–258.
- PINTO, M. (1983). Las organizaciones internacionales. *Lecciones y Ensayos*, 46(04), 57–67.
- PINTO, M. (1997). El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En M. Abregú & C. Courtis (Eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (pp. 163–172). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- PINTO, M. (2005a). Apuntes sobre la subjetividad internacional del individuo. En S. A. Fabris (Ed.), *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Liber Amicorum Cançado Trindade* (pp. 323–338). Porto Alegre.
- PINTO, M. (2005b). NGOs and the Inter-American Court of Human Right. En T. Treves, A. Fodella, A. Tanzi, M. Frigessi di Rattalma, C. Pitea, & C. Ragni (Eds.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies* (pp. 47–56). The Hague: T.M.C. Asser Press.
- PINTO, M. (2007). L'Emploi de la Force dans la Jurisprudence des Tribunaux Internationaux. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 331, 9–162.
- PINTO, M. (2008). *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- PINTO, M. (2009). Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización. Un comentario. En M. Pinto (Ed.), *Las Fuentes del Derecho Internacional en la Era de la Globalización* (pp. 13–30). Buenos Aires: Eudeba.
- PLOTKE, D. (1997). Representation is Democracy. *Constellations*, 4(1), 19–34.
- POGGE, T. (1992). Cosmopolitanism and Sovereignty. *Ethics*, 103(1), 48–75.
- POGGE, T. (2004). The Incoherence Between Rawls's Theories of Justice. *Fordham Law Review*, 72(5), 1739–1759.

- POGGE, T. (2005). Recognized and violated by international law: the human rights of the global poor. *Leiden Journal of International Law*, 18(4), 717–745.
- POGGE, T. (2012). Divided against itself: aspiration and reality of international law. En J. Crawford & M. Koskeniemi (Eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (pp. 373–397). Cambridge: Cambridge University Press.
- POGGE, T. (2014). International Law Between Two Futures. *Journal of International Dispute Settlement*, 5, 432–437.
- POGGE, T., RIMMER, M., & RUBENSTEIN, K. (EDS.). (2010). *Incentives for Global Public Health. Patent Law and Access to Essential Medicines*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PORTMANN, R. (2010). *Legal Personality in International Law*. Cambridge/New York: Cambridge University Press.
- POSNER, R. A. (1979). Utilitarianism, economics, and legal theory. *The Journal of Legal Studies*, 8(1), 103–140.
- POSNER, R. A. (2007). *Economic Analysis of Law* (Edición: 7th.). New York, NY: Aspen Publishers Inc., U.S.
- POST, R. (2000). Between Philosophy and Law: Sovereignty and the Design of Democratic Institutions. En I. Shapiro & S. Macedo (Eds.), *Designing Democratic Institutions* (pp. 209–223). New York and London: New York University Press.
- POST, R., & SIEGEL, R. (2007). Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 42, 373–433.
- POSTEMA, G. (1986). *Bentham and the Common Law*. Oxford: Oxford University Press.
- POSTEMA, G. (1996). Law's Autonomy and Public Practical Reason. En R. P. George (Ed.), *The Autonomy of Law* (pp. 79–118). Oxford: Oxford University Press.
- PRICE, R. (1998). Reversing the Gun Sights: Transnational Civil Society Targets Land Mines. *International Organization*, 52(3), 613–644.
- PRONTO, A. (2008). Some Thoughts on the Making of International Law. *European Journal of International Law*, 19(3), 601–616.

- QUANE, H. (1998). The United Nations and the evolving right to self-determination. *International and Comparative Law Quarterly*, 47(03), 537–572.
- RAIČ, D. (2002). *Statehood and the Law of Self-Determination*. Leiden and Boston: Martinus Nijhoff.
- RAIMONDO, F. O. (2008). *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.
- RAJAGOPAL, B. (2003). *International Law from Below: Development, Social Movements, and Third World Resistance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- RATNER, S. (2011). From Enlightened Positivism to Cosmopolitan Justice: Obstacles and Opportunities. En U. Fastenrath, R. Geiger, D.-E. Khan, A. Paulus, S. von Schorlemer, & C. Vedder (Eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma* (pp. 155–171). Oxford: Oxford University Press.
- RAUSTIALA, K. (1997). The “Participatory Revolution” in International Environmental Law. *Harvard Environmental Law Review*, 21, 537–586.
- RAWLS, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- RAWLS, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- RAWLS, J. (1999). *The Law of Peoples (with The Idea of Public Reason Revisited)*. Cambridge: Harvard University Press.
- RAWLS, J. (2001). *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: Harvard University Press.
- REBASTI, E. (2008). Beyond consultative status: which legal framework for enhanced interaction between NGOs and intergovernmental organizations? En P.-M. Dupuy & L. Vierucci (Eds.), *NGOs in International Law: Efficiency in Flexibility?* (pp. 21–70). Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing.
- REGILME, S. S. F. (2016). Habermasian Thinking on Civil Society and the Public Sphere in the Age of Globalization. *Perspectives on Political Science*, 0(0), 1–7.

- RIEFF, D. (1999, febrero 4). The False Dawn of Civil Society. *The Nation*. Recuperado a partir de <https://www.thenation.com/article/false-dawn-civil-society/>
- RISSE, T. (2000). “Let’s Argue!”: Communicative Action in World Politics. *International Organization*, 54(1), 1–39.
- ROBERTS, A. E. (2001). Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation. *The American Journal of International Law*, 95(4), 757–791.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (2011). Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina. En C. Rodríguez Garavito (Ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 69–86). Buenos Aires: Siglo XXI.
- RODRIK, D. (2012). *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*. New York: W. W. Norton & Company.
- RODRIK, D. (2013). The Globalization Paradox: A response to Rosa Lastra and Robert Howse. *International Journal of Constitutional Law*, 11(3), 816–817.
- ROMANO, C. P. R. (1999). The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle. *New York University Journal of International Law and Politics*, 31, 709.
- ROUSSEAU, J.-J. (1762). El Contrato Social. En J.-J. Rousseau (Ed.), *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres - El contrato social*. Buenos Aires: Ediciones Orbis.
- RUBIN, E. L. (1989). Law and Legislation in the Administrative State. *Columbia Law Review*, 89(3), 369–426.
- RUDOLF, B. (2009). Governance Without Government? Non-State Actors and International Law. En *APSA 2009 Toronto Meeting Paper*. Recuperado a partir de <http://ssrn.com/abstract=1449182>
- RUTHERFORD, K. (2000). The landmine ban and NGOs: the role of communications technologies. *Journal of Transnational Associations*, 2(2000), 60–73.
- RYNGAERT, C. (2010). Imposing international duties on Non-State actors and the legitimacy of international law. En M. Noortmann & C. Ryngaert (Eds.), *Non-*

- State Actor Dynamics in International Law: From Law Taking to Law Making?* (pp. 69–90). Farnham, Surrey: Ashgate.
- SABA, R. (2014). La Academia Jurídica según Owen Fiss. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 12(24), 77–108.
- SABA, R. (2017). No huir de los tratados. *Pensar en Derecho*, 5(10), 111–161.
- SABEL, R. (2006). *Procedure at International Conferences*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SAGUIER, M. (2007). The Hemispheric Social Alliance and the Free Trade Area of the Americas process: the challenges and opportunities of transnational coalitions against neo-liberalism. *Globalizations*, 4(2), 251–265.
- SAGUIER, M. (2012). Free Trade Area of the Americas. *The Wiley-Blackwell Encyclopedia of Globalization*.
- SAMHAT, N., & PAYNE, R. (2003). Regimes, Public Spheres and Global Democracy: Towards the Transformation of Political Community. *Global Society*, 17(3), 273–295.
- SANDS, P. (1985). Protecting the Ozone Layer. *Environment*, 27.
- SANDS, P. (2010, octubre 11). My legal hero: Hersch Lauterpacht. *The Guardian*. Recuperado a partir de <http://www.theguardian.com/law/2010/nov/10/my-legal-hero-hersch-lauterpacht>
- SANDS, P. (2016). *East West Street. On the Origins of “Genocide” and “Crimes against Humanity”*. New York: Knopf.
- SANGIOVANNI, A. (2012). The Irrelevance of Coercion, Imposition, and Framing to Distributive Justice. *Philosophy & Public Affairs*, 40(2), 79–110.
- SASSEN, S. (2007). *Sociology of globalization*. New York: W.W. Norton.
- SAUNDERS, B. (2011). Defining the demos. *Politics, Philosophy & Economics*, 11(3), 280–301.
- SCHACHTER, O. (1977). The Invisible College of International Lawyers. *Northwestern University Law Review*, 72, 217–226.

- SCHAUER, F. (1996). Positivism as Pariah. En R. P. George (Ed.), *The Autonomy of Law* (pp. 31–55). Oxford: Oxford University Press.
- SCHAUER, F. (2005). The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson. *Oxford Journal of Legal Studies*, 25(3), 493–501.
- SCHAUER, F. (2008). Formalism: Legal, Constitutional, Judicial. En G. Caldeira, D. Kelemen, & K. Whittington (Eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (pp. 428–436). Oxford: Oxford University Press.
- SCHLESINGER, R. B. (1957). Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations. Outline of a New Project. *American Journal of International Law*, 51(4), 734–753.
- SCHLÜTTER, B. (2010). *Developments in Customary International Law. Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*. Leiden and Boston: Martinus Nijhoff.
- SCHMALENBACH, K. (2012). Article 6. Capacity of States to conclude treaties. En O. Dörr & K. Schmalenbach (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary* (pp. 105–118). Heidelberg: Springer.
- SCHMITT, C. (2007). *The Concept of the Political*. University of Chicago Press.
- SCHOLTE, J. A. (2002). Civil Society and Democracy in Global Governance. *Global Governance*, 8(3), 281–304.
- SCHOLTE, J. A. (2004). Civil society and democratically accountable global governance. *Government and Opposition*.
- SCHOLTE, J. A. (2011). *Building global democracy? Civil Society and Accountable Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHOLTE, J. A. (2014). Reinventing global democracy. *European Journal of International Relations*, 20(1), 3–28.
- SCHUMPETER, J. (1942). *Capitalism, Socialism, and Democracy*. New York: Harper Colophon Books.

- SCHWARZENBERGER, G. (1947). The Inductive Approach to International Law. *Harvard Law Review*, 60(4), 539–570.
- SCHWÖBEL, C. E. J. (2010). Organic Global Constitutionalism. *Leiden Journal of International Law*, 23(3), 529–553.
- SCHWÖBEL, C. E. J. (2011). *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*. Leiden and Boston: Martinus Nijhoff.
- SECKER, E. (2009). Expanding the concept of participatory rights. *The International Journal of Human Rights*, 13(5), 697–715.
- SELEME, H. (2007). Legitimidad Política, Justicia y Globalización. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 8(1). Recuperado a partir de [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=2936&id\\_item\\_menu=58](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2936&id_item_menu=58)
- SEN, A. (1992). *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press.
- SEN, A. (1999). *Development as Freedom*. New York: Knopf.
- SEN, A. (2009). *The Idea of Justice*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- SENDER, O., & WOOD, M. (2015, noviembre 30). The International Court of Justice and Customary International Law: A Reply to Stefan Talmon. *EJIL Talk!* Recuperado a partir de <https://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-and-customary-international-law-a-reply-to-stefan-talmon/>
- SENDER, O., & WOOD, M. (2017). A Mystery No Longer? Opinio Juris and Other Theoretical Controversies Associated with Customary International Law. *Israel Law Review*, 50(3), 299–330.
- SHAFFER, G. C., & POLLACK, M. A. (2009–2010). Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance. *Minnesota Law Review*, 94, 706.
- SHAPIRO, I. (2001). *Democratic Justice*. New Haven: Yale University Press.
- SHAPIRO, I. (2003). *The Moral Foundations of Politics*. New Haven: Yale University Press.



- SHAPIRO, S. (2007). The “Hart–Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. En A. Ripstein (Ed.), *Ronald Dworkin* (pp. 22–55). Cambridge: Cambridge University Press.
- SHAW, M. (2003). *International Law* (Fifth.). Cambridge: Cambridge University Press.
- SIEYÈS, E.-J. (1789). *Observations sur le rapport du comite de constitution concernant la nouvelle organisation de la France*. Versailles: Baudoin, Imprimeur de l’Assemblée Nationale.
- SIMMA, B. (1985). Self-contained regimes. *Netherlands Yearbook of International Law*, 16, 111–136.
- SIMMA, B. (1994). Bilateralism and community interest confronted. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 250, 229–255.
- SIMMA, B., & ALSTON, P. (1989). The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles. *Australian Yearbook of International Law*, 12, 82–108.
- SIMMA, B., & PULKOWSKI, D. (2006). Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. *European Journal of International Law*, 17(3), 483–529.
- SIMMONS, B. (1998). Compliance with International Agreements. *The Annual Review of Political Science*, 1, 75–93.
- SIMMONS, B. (2010). Treaty Compliance and Violation. *Annual Review of Political Science*, 13(1), 273–296.
- SINGER, P. (2002). *One World: The Ethics of Globalization*. New Haven: Yale University Press.
- SISSOKO, A. (2018). The tobacco exception clause in the Trans-Pacific Partnership Agreement: A victory for public health? *Revue internationale de droit économique*, Vol. XXXII(1), 75–105.
- SLAUGHTER, A.-M. (2004). *A New World Order*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.

- SLAUGHTER, S. (2007). Cosmopolitanism and republican citizenship. En W. Hudson & S. Slaughter (Eds.), *Globalization and Citizenship. The Transnational Challenge*. (pp. 85–99). Abingdon and New York: Routledge.
- SMITH, A. D. (1990). Towards a Global Culture? *Theory, Culture & Society*, 7, 171–191.
- SMITH, D. (2010). Theoretical Disagreement and the Semantic Sting. *Oxford Journal of Legal Studies*, 30(4), 635–661.
- SMITH, G. (2004). *Deliberative democracy and the environment*. London and New York: Routledge.
- SMITH, R. M. (2008). The principle of constituted identities and the obligation to include. *Ethics & Global Politics*, 1(3), 139–153. doi:10.3402/egp.v1i1.1860
- SMITH, W., & BRASSETT, J. (2008). Deliberation and Global Governance: Liberal, Cosmopolitan, and Critical Perspectives. *Ethics & International Affairs*, 22(1), 69–92.
- SOMEK, A. (2010). The Concept of “Law” in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury. *European Journal of International Law*, 20(4), 985–995.
- SONG, S. (2012). The boundary problem in democratic theory: why the demos should be bounded by the state. *International Theory*, 4(1), 39–68.
- SOREL, J.-M., & BORÉ EVENO, V. (2011). Article 31. En O. Corten & P. Klein (Eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- STABEROCK, G. (2011). Civil Society. En (R. Wolfrum, Ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Heidelberg: Oxford University Press.
- STEFFEK, J. (2018). Deliberation and Global Governance. En C. Brown & R. Eckersley (Eds.), *The Oxford Handbook of International Political Theory* (pp. 440–452). Oxford: Oxford University Press.
- STEFFEK, J., & HAHN, K. (2010). Introduction: Transnational NGOs and Legitimacy, Accountability, Representation. En J. Steffek & K. Hahn (Eds.), *Evaluating Transnational NGOs* (pp. 1–25). London: Palgrave Macmillan.

- STEFFEK, J., & KISSLING, C. (2006). Why Co-operate? Civil Society Participation at the WTO. En C. Joerges & E.-U. Petersmann (Eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation* (pp. 135–156). Oxford and Portland: Hart.
- STEFFEK, J., & NANZ, P. (2008). Emergent Patterns of Civil Society Participation in Global and European Governance. En J. Steffek, P. Nanz, & C. Kissling (Eds.), *Civil Society Participation in European and Global Governance. A Cure for the Democratic Deficit?* (pp. 1–29). Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- STEGER, M. (2009). *Globalization. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- STEIN, E. (2001). International integration and democracy: no love at first sight. *American Journal of International Law*, 95(3), 489–534.
- STEINBERG, R. (2002). In the shadow of law or power? Consensus-based bargaining and outcomes in the GATT/WTO. *International Organization*, 56(2), 339–374.
- STEINER, H. (1988). Political Participation as a Human Right. *Harvard Human Rights Yearbook*, 1, 77–134.
- STEWART, H. (2010). The Limits of the Harm Principle. *Criminal Law and Philosophy*, 4, 17–35.
- STEWART, R. B. (2014). Remedying Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation and Responsiveness. *American Journal of International Law*, 108, 211–270.
- STEWART, R. B. (2015). The normative dimensions and performance of global administrative law. *International Journal of Constitutional Law*, 13(2), 499–506.
- STIGLITZ, J. (2002). *Globalization and its discontents*. New York: W.W. Norton.
- SVAMPA, M. (2006). Movimientos sociales y nuevo escenario regional: las inflexiones del paradigma neoliberal en América Latina. *Sociohistórica*, (19–20).
- SVAMPA, M. (2010). Hacia una gramática de las luchas en América Latina: movilización plebeya, demandas de autonomía y giro eco-territorial.

- SZAZI, E. (2012). *NGOs: Legitimate Subjects of International Law*. Leiden: Leiden University Press.
- TALLBERG, J., & UHLIN, A. (2012). Civil society and global democracy. En D. Archibugi, M. Koenig-Archibugi, & R. Marchetti (Eds.), *Global Democracy: Normative and Empirical Perspectives* (pp. 210–232). Cambridge: Cambridge University Press.
- TALMON, S. (2015a). Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion. *European Journal of International Law*, 26(2), 417–443.
- TALMON, S. (2015b, diciembre 3). Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology and the Idyllic World of the ILC. *EJIL Talk!* Recuperado a partir de <https://www.ejiltalk.org/determining-customary-international-law-the-icjs-methodology-and-the-idyllic-world-of-the-ilc/>
- TAMS, C. J. (2015). Meta-Custom and the Court: A Study in Judicial Law-Making. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 14(1), 51–79.
- TÄNNSJÖ, T. (2006). Cosmopolitan Democracy Revisited. *Public Affairs Quarterly*, 20(3), 267–291.
- TARLOCK, A. D. (1992). The Role of Non-Governmental Organizations in the Development of International Environmental Law. *Chicago-Kent Law Review*, 68(1), 61–76.
- TASIOULAS, J. (1996). In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case. *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 85–128.
- TASIOULAS, J. (2009). Customary international law and the quest for global justice. En A. Perrau-Saussine & J. B. Murphy (Eds.), *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*. (pp. 307–335). Cambridge: Cambridge University Press.
- TAYLOR, C. (2003). Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate. En D. Matravers & J. Pike (Eds.), *Debates in Contemporary Political Philosophy. An Anthology*. (pp. 195–218). London and New York: Routledge.
- TESÓN, F. (1990). International Obligation and the Theory of Hypothetical Consent. *Yale Journal of International Law*, 15(1), 84–120.

- TESÓN, F. (1992). The Kantian Theory of International Law. *Columbia Law Review*, 92, 53–102.
- TESÓN, F. (1998). *A Philosophy of International Law*. Oxford: Westview Press.
- THIRLWAY, H. (2014). *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- THÜRER, D. (1998). The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State. En R. Hofmann & N. Geissler (Eds.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law* (pp. 37–58). Berlin: Duncker & Humboldt.
- THÜRER, D. (2009). Soft Law. En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press. Recuperado a partir de <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1469>
- TOMKA, P. (2013). En *The Judge and International Custom* (pp. 27–48). Paris: Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) 2011-2012. Recuperado a partir de <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/408395729.pdf>
- TOMUSCHAT, C. (1999). International Law: Ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, 281.
- TORBISCO CASALS, N. (2015). Beyond Altruism? Globalizing Democracy in the Age of Distrust. *The Monist*, 98, 457–474.
- TRACHTMAN, J. P. (2016). Customary International Law: How Do Courts Do It? En C. A. Bradley (Ed.), *Custom's Future. International Law in a Changing World* (pp. 172–204). Cambridge: Cambridge University Press.
- TREVES, T. (2006). Customary International Law. En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- TRIMARCO, J. (2016, noviembre 18). How a Battle Over Affordable Medicine Helped Kill the TPP. *YES! Magazine*. Recuperado a partir de

<https://www.yesmagazine.org/new-economy/how-a-battle-over-affordable-medicine-helped-kill-the-tpp-20161118>

- TRIMBLE, P. R. (1997). Globalization, International Institutions, and the Erosion of National Sovereignty and Democracy. *Michigan Law Review*, 95(6), 1944–1969.
- TSAGOURIAS, N. (2007). The Constitutional Role of General Principles of Law in International and European Jurisprudence. En N. Tsagourias (Ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives* (pp. 71–106). Cambridge: Cambridge University Press.
- TULLY, S. (2007). *Corporations and International Lawmaking*. Boston and Leiden: Martinus Nijhoff.
- UHLIN, A. (2010). Democratic Legitimacy of Transnational Actors: Mapping Out the Conceptual Terrain. En E. Erman & A. Uhlin (Eds.), *Legitimacy Beyond the State?* (pp. 16–37). Palgrave Macmillan, London.
- ULFSTEIN, G. (2009). The International Judiciary. En J. Klabbers, A. Peters, & G. Ulfstein (Eds.), *The Constitutionalization of International Law* (pp. 126–152). Oxford: Oxford University Press.
- URBINATI, N. (2000). Representation as Advocacy. *Political Theory*, 28(6), 758–786.
- URBINATI, N. (2003). Can Cosmopolitan Democracy Be Democratic? En D. Archibugi (Ed.), *Debating Cosmopolitics*. London: Verso.
- URBINATI, N. (2006). *Representative Democracy. Principles & Genealogy*. Chicago and London: University of Chicago Press.
- URBINATI, N. (2011). Representative Democracy and Its Critics. En S. Alonso, J. Keane, & W. Merkel (Eds.), *The Future of Representative Democracy* (pp. 23–49). Cambridge: Cambridge University Press.
- URBINATI, N., & SAFFON, M. P. (2013). Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty. *Political Theory*, 41(3), 441–481.
- VALENTINI, L. (2011). Coercion and (Global) Justice. *American Political Science Review*, 105(1).

- VALENTINI, L. (2014). No Global Demos, No Global Democracy? A Systematization and Critique. *Perspectives on Politics*, 12(4), 789–807.
- VAN DAMME, I. (2009). *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*. Oxford: Oxford University Press.
- VENZKE, I. (2012). *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*. Oxford: Oxford University Press.
- VENZKE, I. (2017). Sources in Interpretation Theories: The International Law-Making Process. En J. D’Aspremont & S. Besson (Eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (pp. 401–421). Oxford: Oxford University Press.
- VERDROSS, A. (1935). Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Internationale. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 52, 191–249.
- VILLIGER, M. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.
- VIROLI, M. (1995). *For love of country. An essay on Patriotism and Nationalism*. Oxford: Oxford University Press.
- VITANYI, B. (1982). Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de “principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées”. *Revue Générale de Droit International Public*, 86, 48–116.
- VOLLMER, T. (2017, novembre 13–). TPP continues without the worst copyright provisions. *Creative Commons*. Recuperado a partir de <https://creativecommons.org/2017/11/13/tpp-continues-without-worst-copyright-provisions/>
- VON BERNSTORFF, J. (2010). *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- VON BOGDANDY, A. (2004). Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law. *European Journal of International Law*, 15(5), 885–906.
- VON BOGDANDY, A. (2010). General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field. En A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff,

- P. Dann, & M. Goldmann (Eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions* (pp. 727–760). Berlin & Heidelberg: Springer.
- VON BOGDANDY, A. (2014). Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. *International Journal of Constitutional Law*, 12(4), 980–1007.
- VON HIRSCH, A. (2014). Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. *Criminal Law and Philosophy*, 8, 245–256.
- VON STEIN, J. (2012). The Engines of Compliance. En J. L. Dunoff & M. A. Pollack (Eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (pp. 477–501). Cambridge: Cambridge University Press.
- VOYIAKIS, E. (2009). International Law and the Objectivity of Value. *Leiden Journal of International Law*, 22(1), 51–78.
- WAIBEL, M. (2011). Demystifying the Art of Interpretation. *European Journal of International Law*, 22(2), 571–588.
- WALDRON, J. (1993). *Liberal Rights. Collected papers 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WALDRON, J. (1999a). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- WALDRON, J. (1999b). What is Cosmopolitan? *Journal of Political Philosophy*, 8(2), 227–243.
- WALDRON, J. (2001). Normative (or Ethical) Positivism. En J. Coleman (Ed.), *Hart's Postscript* (pp. 411–433). Oxford: Oxford University Press.
- WALDRON, J. (2004a). Legal and Political Philosophy. En J. Coleman, K. E. Himma, & S. Shapiro (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- WALDRON, J. (2004b). The Rule of Law as a Theater of Debate. En J. Burley (Ed.), *Dworkin and his Critics: with replies by Dworkin* (pp. 319–336). London: Blackwell.
- WALDRON, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.



- WALDRON, J. (2008a). Can There Be a Democratic Jurisprudence? *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, (97), 1–57.
- WALDRON, J. (2008b). Hart and the Principles of Legality. En M. Kramer, C. Grant, B. Colburn, & A. Hatzistavrou (Eds.), *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy* (pp. 67–83). Oxford: Oxford University Press.
- WALDRON, J. (2008c). The Concept and the Rule of Law. *Georgia Law Review*, 43(1), 1–61.
- WALDRON, J. (2009). Can There Be a Democratic Jurisprudence. *Emory Law Journal*, 58, 675.
- WALDRON, J. (2011a). Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law? *European Journal of International Law*, 22(2), 315–343.
- WALDRON, J. (2011b). The Rule of Law and the Importance of Procedure. *Nomos*, 50, 3–31.
- WALDRON, J. (2011c). Vagueness and the Guidance of Action. En A. Marmor & S. Soames (Eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law* (pp. 58–82). Oxford: Oxford University Press.
- WALDRON, J. (2017). *One Another's Equals: The Basis of Human Equality*. Cambridge: Harvard University Press.
- WALKER, N. (2014). *Intimations of Global Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WALTER, A. (2001). NGOs, Business, and International Investment: The Multilateral Agreement on Investment, Seattle, and Beyond. *Global Governance*, 7, 51–74.
- WALUCHOW, W. (1998). The Many Faces of Legal Positivism. *The University of Toronto Law Journal*, 48(3), 387–449.
- WALZER, M. (1987). The Reform of the International System. En *Studies of War and Peace*. Oxford: Oxford University Press.
- WALZER, M. (1991). The Civil Society Argument. *Statsvetenskaplig tidskrift*, 94(1), 1–11.
- WALZER, M. (1992). The New Tribalism: Notes on a Difficult Problem. *Dissent*, 39, 164–171.

- WALZER, M. (2000). Governing the Globe. *Dissent*, 44 – 52.
- WARREN, M. E. (1999). Democratic Theory and Trust. En *Democracy and Trust* (pp. 310–345). Cambridge: Cambridge University Press.
- WARREN, M. E. (2017). The All Affected Interests Principle in Democratic Theory and Practice. *IHS Political Science Series Working Paper*, (145). Recuperado a partir de [https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/54967/ssoar-2017-warren-The\\_All\\_Affected\\_Interests\\_Principle.pdf?sequence=1](https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/54967/ssoar-2017-warren-The_All_Affected_Interests_Principle.pdf?sequence=1)
- WARREN, M., & PEARSE, H. (EDS.). (2008). *Designing Deliberative Democracy. The British Columbia Citizens' Assembly*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WEIL, P. (1983). Towards Relative Normativity? *The American Journal of International Law*, 77, 413–442.
- WEILER, J. H. H. (2004). The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 64(3), 547–562.
- WEINSTOCK, D. (2009). Motivating the Global Demos. *Metaphilosophy*, 40(1), 92–108.
- WEISBURD, A. M. (2010). The International Court of Justice and the Concept of State Practice. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 31, 295–372.
- WHEATLEY, S. (2010). *The Democratic Legitimacy of International Law*. Oxford and Portland: Hart.
- WHEATLEY, S. (2011). A Democratic Rule of International Law. *European Journal of International Law*, 22(2), 525–548.
- WHITE, G. (1994). Civil society, democratization and development (I): Clearing the analytical ground. *Democratization*, 1(2), 375–390.
- WILLETTS, P. (2000). From “Consultative Arrangements” to “Partnership”: The Changing Status of NGOs in Diplomacy at the UN. *Global Governance*, 6(2), 191–212.
- WILLETTS, P. (2011). *Non-Governmental Organizations in World Politics. The construction of global governance*. Abingdon and New York: Routledge.

- WILLIAMS, S., & SHERIF, L. (2009). The arrest warrant for President al-Bashir: Immunities of incumbent heads of State and the International Criminal Court. *Journal of Conflict and Security Law*, 14(1), 71–92.
- WINTER, G. (ED.). (2006). *Multilevel Governance of Global Environmental Change. Perspectives from Science, Sociology and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WOLFKE, K. (1993). Some persistent controversies regarding customary international law. *Netherlands Yearbook of International Law*, 24, 1–16.
- WOOD, M., & SENDER, O. (2014). Identifying the Rules for Identifying Customary International Law: Response From Michael Wood and Omri Sender. *AJIL Unbound*, 108, 196–198.
- WOODS, K. (2013). Civic and Cosmopolitan Friendship. *Res Publica*, 19, 81–94.
- WOODWARD, B. (2010). *Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance: Theory and Practice*. Boston and Leiden: Martinus Nijhoff.
- YOUNG, I. M. (1997). Deferring Group Representation. En I. Shapiro & W. Kymlicka (Eds.), *Ethnicity and Group Rights: Nomos XXXIX* (pp. 349–376). New York: NYU Press.
- YOUNG, I. M. (2000a). *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- YOUNG, I. M. (2000b). Self-Determination and Global Democracy: A Critique of Liberal Nationalism. En I. Shapiro & S. Macedo (Eds.), *Designing Democratic Institutions* (pp. 147–183). New York and London: New York University Press.
- YOUNG, I. M. (2001). Activist challenges to deliberative democracy. *Political theory*, 29(5), 670–690.
- ZUMBANSEN, P. (2012). Comparative, global and transnational constitutionalism: The emergence of a transnational legal-pluralist order. *Global Constitutionalism*, 1(1), 16–52.
- ZÜRN, M. (2000). Democratic Governance Beyond the Nation-State: The EU and Other International Institutions. *European Journal of International Relations*, 6(2), 183–221.

ZÜRN, M. (2016). Survey Article: Four Models of a Global Order with Cosmopolitan Intent: An Empirical Assessment. *The Journal of Political Philosophy*, 24(1), 88–119.

## JURISPRUDENCIA

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Statehood Solidarity Committee c. Estados Unidos de América* (29 de diciembre de 2003), Caso 11.204, Informe No. 98/03.
- Comité de Derechos Humanos, *Beydon y otros 19 miembros de la asociación 'DIH Mouvement de protestation civique' c. Francia* (31 de octubre de 2005), U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1400/2005.
- Comité de Derechos Humanos, *Marshall c. Canada*, (4 de noviembre de 1991), U.N. Doc. CCPR/C/43/D/205/1986.
- Comité de Derechos Humanos, *Observación general 24: Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto* (2 de noviembre de 1994), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.
- Comité de Derechos Humanos, *Observación general 25: La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto (artículo 25)*, (7 de diciembre de 1996), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7.
- Corte Europea de Derechos Humanos, *Golder c. Reino Unido*, Series A, No. 18 (21 de febrero de 1975).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, Ser. A. No. 2 (24 de septiembre de 1982).
- Corte Internacional de Justicia, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), 1986 I.C.J. 14 (27 de junio).
- Corte Internacional de Justicia, *África del Sudoeste* (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica), 1962 I.C.J. 335 (21 de diciembre).
- Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica c. España), 1970 I.C.J. 3 (5 de febrero).
- Corte Internacional de Justicia, *Caso concerniente al Laudo Arbitral del 31 de julio de 1989* (Guinea-Bissau c. Senegal), 1991 I.C.J. 53 (12 de noviembre).
- Corte Internacional de Justicia, *Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado a las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, 1950 I.C.J. 5 (3 de marzo).
- Corte Internacional de Justicia, *Caso del Canal de Corfú* (Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Albania), 1949 I.C.J. 4 (9 de abril).
- Corte Internacional de Justicia, *Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia en relación a Kosovo*, Opinión Consultiva, 2010 I.C.J. 403 (22 de julio).

Corte Internacional de Justicia, *Consecuencias Jurídicas que tiene para los Estados la Continuación de la Presencia de Sudáfrica en Namibia (África del Sudoeste)*, no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, Opinión Consultiva, 1971 I.C.J. 16 (21 de junio).

Corte Internacional de Justicia, *Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental*, Opinión Consultiva, 1960 I.C.J. 150 (8 de junio).

Corte Internacional de Justicia, *Cuestiones Relativas a la Delimitación Marítima y Territorial* (Catar c. Baréin), 1995 I.C.J. 6 (15 de febrero).

Corte Internacional de Justicia, *Delimitación de la Frontera Marítima en el Área del Golfo de Maine* (Canadá c. Estados Unidos de América), 1984 I.C.J. 246.

Corte Internacional de Justicia, *Derecho de Asilo* (Colombia c. Perú), 1950 I.C.J. 266 (20 de noviembre).

Corte Internacional de Justicia, *Derechos de Nacionales de los Estados Unidos en Marruecos* (Francia c. Estados Unidos de América) 1952 I.C.J. 176 (27 de agosto).

Corte Internacional de Justicia, *Disputa Fronteriza Territorial y Marítima* (Camerún c. Nigeria, Guinea Ecuatorial interviniendo), 2002 I.C.J. 303 (10 de octubre).

Corte Internacional de Justicia, *Disputa respecto de Derechos de Navegación y Relativos* (Costa Rica v. Nicaragua), 2009 I.C.J. 213 (13 de julio).

Corte Internacional de Justicia, *Disputa Territorial* (Libia c. Chad), 1994 I.C.J. 6 (3 de febrero).

Corte Internacional de Justicia, *Estatus Internacional de África del Sudoeste*, Opinión Consultiva, 1950 I.C.J. 128 (11 de julio).

Corte Internacional de Justicia, *Inmunidad de Jurisdicción* (Alemania c. Italia, Grecia interviniendo), 2012 I.C.J. 99 (3 de febrero).

Corte Internacional de Justicia, *Interpretación de Tratados de Paz*, Opinión Consultiva, 1950 I.C.J. 221 (18 de julio).

Corte Internacional de Justicia, *Isla de Kasikili/Sedudu* (Botsuana c. Namibia), 1999 I.C.J. 1045 (13 de diciembre).

Corte Internacional de Justicia, *Jurisdicción de Pesquerías* (Reino Unido c. Islandia), 1974 I.C.J. 3 (18 de diciembre).

Corte Internacional de Justicia, *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América), 2001 I.C.J. 501, (27 de junio).

Corte Internacional de Justicia, *Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares*, Opinión Consultiva, 1996 I.C.J. 226 (8 de julio).

Corte Internacional de Justicia, *Legalidad del Uso de la Fuerza* (Serbia y Montenegro c. Bélgica), 2004 I.C.J. 318 (15 de diciembre).

Corte Internacional de Justicia, *Orden de Arresto del 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), 2002 I.C.J. 3 (14 de febrero).

Corte Internacional de Justicia, *Pesquerías* (Reino Unido c. Noruega), 1951 I.C.J. 116 (18 de diciembre).

Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental* (Libia c. Malta), 1985 I.C.J. 29 (3 de junio).

Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar del Norte* (Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda), 1969 I.C.J. 3 (20 de febrero).

Corte Internacional de Justicia, *Plataforma Continental del Mar Egeo* (Grecia v. Turquía), 1978 I.C.J. 32 (19 de diciembre).

Corte Internacional de Justicia, *Plataformas Petrolíferas* (Irán c. Estados Unidos de América), 1996 I.C.J. 803 (12 de diciembre).

Corte Internacional de Justicia, *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría c. Eslovaquia), 1997 I.C.J. 7 (25 de septiembre).

Corte Internacional de Justicia, *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, Opinión Consultiva, 1951 I.C.J. 15 (28 de mayo).

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso del S.S. Lotus*, P.C.I.J. Ser. A, No. 10 (1927)

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso del S.S. Wimbledon* P.C.I.J., Series A, No. 1 (1923).

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Competencia de la OIT para Regular Trabajo Agrícola*, P.C.I.J. Ser. B, Nos. 2 y 3 (1922).