

DERECHO CONSTITUCIONAL Y GLOBALIZACIÓN: LA UNIÓN EUROPEA COMO UNA OPORTUNIDAD

GLOBALIZATION AND CONSTITUTIONAL LAW: EU AS A CHANCE

Augusto Aguilar Calahorro

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Granada, España

RESUMEN: En este artículo se analiza el concepto de globalización como fenómeno social. Se observará cómo la globalización socio-económica influye en la idea tradicional de Derecho y de poder del Estado. Desde aquí observaremos cómo el constitucionalismo tiene desde su origen la finalidad de ordenar y limitar el poder estatal en beneficio de los derechos de los ciudadanos. Por causa de la globalización esta finalidad del constitucionalismo ha entrado en crisis. Igualmente están en crisis el principio democrático y el Estado de derecho establecido en las Constituciones Estatales. Por ello analizaremos a la UE y su Derecho - concretamente los principios de primacía y eficacia directa como una posibilidad de reordenación, a nivel supranacional, de los límites constitucionales impuestos al poder en beneficio de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: globalización; sociedad; constitucionalismo; poder; ciudadano; estado; derechos; democracia; estado de derecho.

ABSTRACT: *The following piece of paper analyses the concept of constitutionalism as a social phenomenon. The influence of the socio-economic globalization on the traditional assumptions of the law and the State power will be considered. We will discuss how constitutionalism is reflected to organize and limit the State power in benefit of all citizens' rights. This purpose of constitutionalism faces important crises due to the globalization. Equally, the democratic principle and the Rule of Law established on the States constitutions are in a crisis. Thus, we will analyse the EU and the EU law -in particular the principles of supremacy and direct effect- as a possible reorganisation of constitutional limits placed on the power in benefit of citizenship.*

KEY WORDS: *globalization; society; constitutionalism; power; state; rights; democracy; rule of law.*

SUMARIO: 1 Un mundo global: interrelación, complejidad y consecuencias globales; 2 El problema metodológico de partida: derecho constitucional y territorio; 3 La nueva realidad político-

económica: globalización y crisis del derecho; 4 Crisis del sistema de fuentes del Estado y de los límites constitucionales a los poderes públicos; 5 La Unión Europea como problema y solución; 6 Primacía y eficacia directa en la constitucionalización de la UE; 7 UE como comunidad de derecho; 8 Notas sobre la legitimación y el principio democrático en la UE; 9 Algunos puntos de reflexión.

SUMMARY: 1 *The global world: interconnection, complexity and global effects*; 2 *The starting methodological problem: constitutional law and territory*; 3 *New political and economic reality: globalization and crisis of Law*; 4 *Sources of Law and Constitutional limits crisis*; 5 *The European Union as a problem and as a solution*; 6 *Constitutional EU Law: principles of Primacy and Direct effect*; 7 *EU and the rule of Law*; 8 *Notes on the legitimacy and the democratic principle in the EU*; 9 *Items for discussion*.

1 UN MUNDO GLOBAL: INTERRELACIÓN, COMPLEJIDAD Y CONSECUENCIAS GLOBALES

1.1 CONCEPTO Y PROBLEMAS DE LA GLOBALIZACIÓN

El vertiginoso avance de la técnica en el mundo de las comunicaciones y los transportes ha impulsado en las últimas décadas un fenómeno conocido como globalización¹. Este fenómeno advierte hoy día una interrelación total entre elementos y factores a escala global: la sociedad, la economía, la cultura, la política, la naturaleza²... etc. La globalización, como concepto, remarca que hoy día todo interfiere en todo y todo depende de todo³.

¹ Fenómeno conocido desde mediados de la década de 1970 según CAPELLA, J. R., *“Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado”*, Madrid, Trotta, 1997, p. 238.

² La obra de BECK, U., *“La Sociedad del riesgo”*, Paidós, Barcelona, 2006, representa la imagen más acabada de esta nueva sociedad, imagen en la que interfieren muy diversas actividades con resultados impredecibles que provocan precisamente el riesgo permanente y el miedo continuo en la sociedad. Respecto del elemento de la naturaleza piénsese en la influencia de la globalización sobre el medio ambiente que, como bien ha expresado Ulrich BECK suponen «el final de la contraposición entre naturaleza y sociedad. Es decir: la naturaleza ya no puede ser pensada sin la sociedad y la sociedad no puede ser pensada sin la naturaleza».

³ “Con un sentido ideológico”, añade GARRIDO GÓMEZ, M. I., *“Las transformaciones del Derecho en la sociedad global”*, Aranzadi, Madrid, 2010. Este aumento de la complejidad relacional, articulada y sustanciada a escala planetaria influye en todos los ámbitos, de manera que algunos autores han hablado de que no existe un fenómeno de globalización, sino “muchas globalizaciones”, en muy diversos ámbitos y con velocidades diversas. PÉREZ GONZALEZ, S., *“El Derecho en la Sociedad Global del Riesgo”*, REDUR, n.6, 2008, p. 96 CARBONEL, M., *“Globalización y Derecho”*, consultado en: www.bibliojuridica.org/libros/3/1086/3.pdf

La complejidad que supone definir este fenómeno no oculta, sin embargo, que la globalización tiene esencialmente una base social. La globalización, más allá de los diversos tipos en que se presenta (económica, social, jurídica...) es un proceso dependiente de decisiones del hombre, es ante todo un proceso complejo de interacciones humanas que alcanzan consideraciones mundiales. Así, por globalización comprendemos una “intensificación de las relaciones sociales en todo el mundo, por las que se enlazan lugares lejanos de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia”⁴. Al ser un fenómeno del hombre, la globalización se encuentra vinculada a todas las esferas del ser humano, y desde su base social se comprenden la especial trascendencia de los ámbitos económico y político.

El concepto de globalización nos serviría para explicar que la quema de un Corán por un telepredicador ultra católico en Florida de forma casi instantánea desemboque en el asesinato de 12 funcionarios de las Naciones Unidas en Afganistán⁵. Pero también podría explicar que la escasa calidad de algunos productos vendidos por una empresa americana no sólo pueda tener repercusiones negativas para esa empresa (pongamos su quiebra) sino que suponga inmediatamente el endeudamiento de sujetos, e incluso de Estados enteros, muy alejados, aun cuando nunca hayan comprado directamente tales productos ni hayan tenido una relación directa con dicha empresa. Aun más, si ese producto fuese un “producto financiero”, se llamase hipoteca *subprimes* y tal empresa, pongamos por caso, se denominase *Lehman Brothers Holdings Inc* no nos quedaría más remedio que disponer del término “globalización

⁴ GIDDENS, A., “Consecuencias de la modernidad”, Alianza, Madrid, 1993, pp. 67-68. En tanto que social, del producto de la globalización se desprende una interrelación de formas culturales que han dado lugar al fenómeno conocido como “glocalización”, fenómeno con el que ROBERTSON entiende la globalización de un modo dinámico y dialéctico por el que se produce una paulatina institucionalización global en la construcción de los particularismos locales. La “glocalización” supone un modo de interrelación cultural que DE SOUSA SANTOS divide en un “localismo globalizado” y un “glocalismo localizado” proceso por el que un fenómeno local se globaliza y, por el contrario, una práctica transnacional influye de manera determinante en las condiciones locales. ROBERTSON, R., “Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad”, Zona Abierta, 2000, pp. 129 y ss. DE SOUSA SANTOS, B., “La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación”, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2002, pp. 56 y ss. Ver una exposición más amplia de las diversas definiciones de Globalización en GARRIDO GÓMEZ, M. I., “Las transformaciones del Derecho en la sociedad global”, cit., pp. 17-23.

⁵ EL PAIS, Galárraga, N., “La globalización del fanatismo”, 9 de abril de 2011.

económica” para explicar las consecuencias de la debacle posterior a la que ha dado lugar la venta de aquellos productos: el rescate financiero de varios Estados en quiebra (Grecia, Portugal e Irlanda), rescate en el que se implican muchos otros Estados (y las Instituciones Europeas), implicación que pone en jaque el proceso de integración económica europea y que trasciende del ámbito puramente económico influyendo, sin duda, en el cambio de los programas políticos de los gobiernos de otros tantos Estados, desembocando en la improvisación de políticas de ajuste presupuestario, el recorte generalizado de derechos sociales, el auge de partidos liberales (e incluso de extrema derecha) que aprovechan la situación para ahondar en sus proclamas contra los procesos de cooperación e integración... La globalización sería el único término adecuado para explicar como la calidad “basura” de un producto vendido desde EE.UU puede desembocar en la indignación generalizada de la ciudadanía, revueltas, la dimisión en bloque del gobierno de turno (Islandia), e incluso la reforma de las propias constituciones nacionales (España⁶ y próximamente Italia).

La crisis económica mundial es un ejemplo de la interrelación de factores y de la complejidad que alcanzan las relaciones sociales, económicas y jurídicas en un marco global. De hecho la actual crisis económica manifiesta cómo el fenómeno de la globalización se asimila al clásico efecto dominó, o más bien, al famoso “efecto mariposa” de LORENZ⁷ como ejemplo de la “teoría físico-matemática del Caos”: ¿puede el movimiento de alas de una mariposa en Brasil dar lugar a un tornado en Texas? (tal y como se preguntaba DENNINGER también con motivo de la globalización). Realmente la teoría del caos y el fenómeno de la globalización socio-económica comparten una misma esencia: la centralidad de los procesos de interrelación entre elementos que, aun siguiendo patrones repetibles, se vuelven cada vez más complejos e impredecibles⁸. Es decir, ambos exponen una cada vez mayor capacidad de relación de todo tipo de

⁶ El 26 de agosto de 2011 los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular en el Congreso presentaron conjuntamente una Proposición de Reforma del artículo 135, solicitando su tramitación por el procedimiento de urgencia y su aprobación en lectura única. La reforma fue aprobada por el procedimiento simple y publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 27 de septiembre (BOE núm 233).

⁷ LORENZ, E., “*Predictability: Does the Flap of a Butterfly's Wings in Brazil St Off a Tornado in Texas?*” Conferencia del 29.12.1979, citado según DENNINGER, E., “*Derecho en «desorden» global. Sobre los efectos de la Globalización*”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 8, 2004. p. 118.

⁸ Para una aproximación a las posibilidades multidisciplinares de la Teoría del Caos y los sistemas fractales ver MADRID CASADO, C., “*Historia de la Teoría del Caos contada para escépticos: Cuestiones de génesis y estructura*”, Encuentros multidisciplinares, Vol. 12, n° 34, 2010.

factores que al alcanzar cada vez mayor complejidad tiene consecuencias cada vez más impredecibles⁹.

La globalización tiene entonces una base social y unas consecuencias impredecibles para la sociedad. Todos los ámbitos sociales participan, quieran o no, del proceso. Desde la base social de este fenómeno, el Derecho constitucional, como modelo jurídico de ordenación de la sociedad, se encuentra también afectado, por lo que debe revisar las formas tradicionales de entender la sociedad y ordenarla. El Derecho constitucional debe incluir en sus postulados tradicionales y metodología científica, criterios y herramientas que permitan una mejor perspectiva relacional de los múltiples factores que se interrelacionan hoy día de manera compleja, abierta y flexible. El Derecho constitucional, para seguir siendo de utilidad y contribuir a los procesos de ordenación social, debe admitir y asumir las nuevas bases sociales impuestas por la globalización. Concretamente la ciencia constitucional, el Derecho constitucional¹⁰ y la metodología utilizada

⁹ Ver FARIA, J. E., "El Derecho en la economía globalizada", Madrid, Trotta, 2001, pp. 99 y 100, y PÉREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*,

¹⁰ Podríamos decir que, sin embargo, sigue siendo completamente válida la metodología haberliana, con la que explicar de manera sencilla la influencia global en la constitución. En este sentido las prácticas culturales y los modos de vida locales se ven influenciados por productos transnacionales y, en algunos casos, se imponen como formas de vida globales (el way of life norteamericano y occidental). Es precisamente en este ámbito de influencia social y cultural del proceso globalizador en el que entra en juego el Derecho constitucional, y en el que de manera sencilla puede entenderse la crisis que vive actualmente la ciencia constitucional desde los postulados haberlianos. De manera brillante lo ha expresado Peter HÄBERLE al definir la Constitución como el producto de la expresión cultural de un pueblo. «La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. Las Constituciones vivas son la obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta; son, por su forma y razón ser, de largo, una expresión y mediación cultural, un cuadro para la reproducción y recepción y un almacén de información, experiencias, aventuras y hasta de sapiencias «culturales» transmitidas». HÄBERLE, P., "La Constitución como cultura", Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 6, 2002, pp. 177-198. Es la continua tensión e influencia que la globalización ejerce en el sentir de una sociedad local o estatal, y la influencia en tiempo real gracias a las telecomunicaciones, las que proponen una revisión de los postulados de las Constituciones normativas estatales, en tanto que expresión cultural de una sociedad hoy día mundial, en continuo cambio y sometida a presiones e influencias externas. Si nuestros modos de vida, nuestras tradiciones y culturas se ven influenciadas continuamente por decisiones y realidades que se despliegan desde miles de kilómetros de distancia, la expresión constitucional de las mismas se encuentran en una continua tensión para las que el Derecho constitucional debe crear las herramientas necesarias para asumir como propias las expresiones culturales de la globalización, en tanto que constitución plural y abierta, en tanto que norma fundamental que no es sólo un conjunto de normas para juristas sino que - en una concatenación de "gigantes" sobre hombros de "gigantes" - como señala Häberle retomando al maestro Heller y este a su vez a Goethe, es «una forma impresa que se desarrolla viviendo».

de forma tradicional por la ciencia jurídico-constitucional, ha sido la última víctima de esta crisis provocada por la globalización. Basta señalar la reciente reforma que ha sufrido la Constitución española y que asumirá la italiana, en lo relativo al techo de endeudamiento de la Administración pública, por imperativo del Banco Central Europeo, imperativo que dista mucho del significado de los términos “poder constituyente” y “poder constituido” que tradicionalmente se usan en la materia para explicar el poder de reforma constitucional. Desde ahora, el Derecho constitucional se ha sometido a un proceso de revisión de su método imprescindible para no caer en el vacío de su utilidad y contenidos.

1.2 CONSTITUCIONALISMO Y GLOBALIZACIÓN. PUNTO DE PARTIDA

Como se ha dicho, debe partirse de la premisa de que el Derecho constitucional, como método de ordenación social, se encuentra inmerso en un periodo de cambios y crisis provocados por la globalización. La globalización supone un reto y una tensión incesante para el constitucionalismo contemporáneo, porque la complejidad que alcanza la interrelación de factores globales y la dificultad para determinar sus efectos, en determinados ámbitos como el derecho, la economía o la política, ha llegado a ser tal que «amenaza con desbordar la capacidad de control que tradicionalmente se ha tenido sobre los mismos»¹¹. Desde la ciencia constitucional, esta “pérdida de control” generalizada debe observarse como una verdadera amenaza para su misma esencia. Efectivamente, el constitucionalismo ha tenido en su base histórica una función esencial de control: el “control del poder”. Este control del poder que se encuentra en la base de la utilidad del constitucionalismo se ha representado tradicionalmente desde dos exigencias: la ordenación del poder en una sociedad y su limitación en garantía de los derechos de los ciudadanos¹². Desde el análisis

¹¹ PÉREZ GONZALEZ, S., “El Derecho en la Sociedad Global del Riesgo”, op. cit., p. 97.

¹² Los parámetros del Derecho constitucional que deben utilizarse en este análisis son los propios del modelo del “constitucionalismo normativo”, modelo contemporáneo. No obstante la relación entre el constitucionalismo y la ordenación/limitación del poder es una constante desde el siglo XVIII. En el terreno histórico jurídico, es imprescindible recordar la afirmación de la “*Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano*” de 1789 sobre la que se reconstruye toda la historia constitucional moderna, y concretamente el artículo 16 de la misma en la que se establece una afirmación paralela a la nuestra: «Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución», entendiendo la separación de poderes desde la perspectiva de control y limitación del poder. Sobre esta definición del siglo XVIII, debemos remitirnos al pormenorizado estudio de JELLINEK redefiniendo el término Constitución como: «conjunto de los principios jurídicos en los que se contiene la determinación de cuáles sean los órganos supremos del

Estado, el modo de su formación, sus relaciones recíprocas y sus esferas de acción, y, en fin, las posiciones fundamentales del individuo frente al Estado». Ver JELLINEK, G., "Teoría General del Estado", trad. Fernando de los Ríos Urruti, Comares, Granada, reedición, 2000, p. 495. Lo cierto es que la cuestión de la ordenación del poder y su limitación como elemento clave del constitucionalismo se desarrolló durante todo el siglo XIX y XX. Con KELSEN, H., podemos decir que «la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder, y garantía de la Constitución significa certeza de que estos límites no serán rebasados», "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?", Tecnos, Madrid, 1995, esta visión refleja una concepción que sostiene a través de un Tribunal Constitucional las garantías de un control político en el interior de un sistema democrático. El control no forma parte únicamente de un concepto "político" de Constitución, como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa, y sólo si el control forma parte del concepto de constitución puede ser entendida como "norma". Quizás haya sido LOEWENSTEIN el que con mayor éxito haya generalizado la cuestión de la limitación del poder dentro de los postulados constitucionales: «la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo por establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad... En un sentido ontológico, se deberá considerar como *telos* de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder» en LOEWENSTEIN, K., "Teoría de la Constitución", Ariel, Barcelona, 1986, pp. 150-151. HÄBERLE abundará en esa idea y añadirá «en su metodología cultural del Derecho constitucional- a la ordenación del poder y su limitación también la necesaria legitimación del mismo para ser identificado como constitucionalismo, en HÄBERLE, P., "La Constitución como cultura", op. cit. p. 183. Según este autor debemos la primera articulación de la precomprensión de la Constitución como "limitación y racionalización del poder y conformación de un proceso político libre" a H. EHMKE en su obra "*Grenzen der Verfassungsänderung*" de 1953. Sobre las principales precomprensiones de la Constitución respecto de los métodos de interpretación de la misma y su importancia ver HÄBERLE, P., "Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un Catálogo de problemas", ReDCE, n. 13, 2010, pp.379-410. En este sentido, virtuosa ha sido la aportación de Robert ALEXY al exponer la cuestión desde la problemática de la garantía de los derechos fundamentales, considerando que «las Constituciones democráticas modernas contienen dos clases o categorías de normas. A la primera categoría pertenecen aquellas normas que constituyen y organizan el poder legislativo, el poder ejecutivo y la administración de Justicia, o sea, el Estado. En el centro se sitúa aquí la legitimación. En la segunda categoría entran aquellas normas que limitan y encauzan el poder estatal. Aquí deben ser mencionados, en primer lugar, los derechos fundamentales. Esa dicotomía parece tener una validez universal – al menos en el universo de los Estados constitucionales democráticos-». Ver ALEXY, R., "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en FERNÁNDEZ SEGADO, F., "The Spanish constitution in the European constitutional context", Dykinson, Madrid, 2003, p. 1505. En doctrina española, y en el momento actual, con BALAGUER CALLEJÓN, F., podemos afirmar que el modelo de Constitución normativa contemporánea: «hunde sus raíces en el constitucionalismo y en la idea constante de los movimientos constitucionales de control del poder y garantía de los derechos... (el) principio general ínsito al movimiento constitucionalista consiste en la idea de que no toda organización del poder puede considerarse una organización constitucional del poder que sirva a la finalidad de garantizar los derechos de los ciudadanos», por ello nosotros nos referiremos a «un Derecho constitucional que reconozca el conflicto y sea capaz de canalizarlo a través del Derecho por medios constitucionales». BALAGUER CALLEJÓN, F., "La construcción del lenguaje jurídico europeo", ReDCE, n° 1, Enero-Junio de 2004, p. 312. Consideramos esencial, para la comprensión

de estos dos elementos básicos del constitucionalismo en el momento global actual es posible analizar – en este caso, sólo subrayar – las carencias del modelo actual del constitucionalismo normativo desde la premisa de la utilidad del Derecho constitucional para implantar un efectivo control del poder acorde a las exigencias globales. Una vez que hayamos remarcado estas carencias provocadas por la globalización en el ámbito jurídico y político-constitucional, podremos hablar del nuevo constitucionalismo europeo surgido en el seno de la Unión Europea como una más que posible solución a los problemas globales que se proyectan sobre el Derecho constitucional.

2 EL PROBLEMA METODOLÓGICO DE PARTIDA: DERECHO CONSTITUCIONAL Y TERRITORIO

El primer problema con el que se encuentra hoy el Derecho constitucional para ser analizado desde una perspectiva global es el de la elección de los instrumentos conceptuales y la metodología a utilizar.

del concepto “normativo” de la Constitución española de 1978, la obra GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *“La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”*, Civitas, 4ª ed., 2006: «La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad», p. 55. Efectivamente, hablar de Constitución es hablar del método de la construcción del poder y su limitación, es hablar de dar forma y limitar al poder normativo, ejecutivo y judicial. Desde la doctrina española puede destacarse como resumen a la cuestión esencial del Derecho constitucional a ARAGÓN REYES, M., *“La Constitución como paradigma”*, en CARBONEL, M., (ed.), *“Teoría del neoconstitucionalismo”*, Trotta, Madrid, 2007: «debemos apreciar que el constitucionalismo, puede ser entendido también como un fenómeno jurídico: la teoría y la práctica jurídicas del Estado auténticamente constitucional, es decir, del Estado efectivamente limitado por el Derecho» p. 36. También ARAGÓN REYES, M., *“Constitución, democracia y control”*, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 88. México, 2002, pp. 81 y ss., «efectivamente el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se “realice” (...) En definitiva, quiere resaltarse la definición de la Constitución desde el prisma de la limitación del poder, más allá de la cuestión del contrato social: es decir que “la Constitución es una forma más de ordenación jurídica del poder entre todas las históricamente conocidas”, PÉREZ ROYO, J., *“Curso de Derecho constitucional”*, Madrid, Pons, 2003. Esta definición de los elementos nucleares del constitucionalismo trasciende en los últimos años al ámbito supranacional, al ámbito europeo. Jacques ZILLER, por su parte, considerará desde la afirmación del artículo 16 de la *Declaración francesa*, al afrontar la cuestión de cómo definir el término “concepto constitucional”, a «todos aquellos conceptos existentes en los Estados miembros de la UE cuya función es garantizar los derechos y la separación de poderes en la organización social del Estado», en ZILLER, J., (trad. de Ruiz Almendral, V.,) *“La función de los conceptos constitucionales de los Estados miembros en la nueva constitución para Europa”*, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 27-85. Muy recientemente RIDOLA, P., *“Diritto Comparato e Diritto Costituzionale europeo”*, Turín, Giappichelli, 2010 sigue el camino de la limitación del poder como fundamento filosófico y político del constitucionalismo y lo aplica al discurso europeo, espec. pp. 25-28.

Por un lado, si observamos la evolución del constitucionalismo, llegamos a la conclusión de que los conceptos utilizados tradicionalmente en la teoría constitucional surgieron en determinados periodos históricos con la finalidad de identificar e institucionalizar conflictos concretos de carácter político, económico y social¹³. Especialmente, la teoría constitucional ha resultado muy útil para identificar las necesidades de clases sociales emergentes (primero a la burguesía frente a un sistema estamental inamovible, después al proletariado frente a la burguesía, más tarde a minorías territoriales o lingüísticas, reconociendo el pluralismo) frente a aquellas que ostentaban el poder tradicional del Estado; e inicialmente ha tenido la utilidad de distinguir espacios de libertad separando y limitando el poder del Estado - expresado mediante el Derecho - "frente" a la sociedad, para posteriormente articular la relación entre el poder y la sociedad¹⁴.

Pero no debe olvidarse que la terminología constitucional ha sido utilizada y analizada tradicionalmente en la teoría jurídica desde un punto de vista estrictamente doméstico o interno, debido a que la estructura del Derecho se ha identificado tradicionalmente desde su vertiente intraestatal: el Derecho ha sido entendido hasta una época muy reciente como una exclusiva emanación de la soberanía del Estado¹⁵.

¹³ Me remito al ensayo de ZAGREBELSKY, G., "*Historia y Constitución*", Trotta, Madrid, 2005, espec. pp. 29 y ss. que resume esta cuestión de manera brillante planteando una pregunta: «El presupuesto necesario para cualquier comprensión de Derecho constitucional es por tanto la respuesta a preguntas del tipo: "¿para qué sirve, aquí y ahora, una constitución?", "¿para qué un Derecho constitucional?"». De gran ayuda el ensayo en clave económica de DE CABO MARTÍN, C., "*Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*", Trotta, Madrid, 2010, espec. pp. 35 y ss.

¹⁴ Más concretamente, todo este bagaje conceptual originado en el siglo XIX, se puede observar en la evolución de las fuentes del Derecho. BALAGUER CALLEJÓN, F., "*Fuentes del Derecho*", Tecnos, 1991; DE OTTO, I., "*Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*", Ariel, 10ª ed., 2007. Aunque el Derecho constitucional como área científica autónoma no se consolidará hasta finales del mismo siglo con el desarrollo de la doctrina alemana del Derecho público, v. BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., MONTILLA MARTOS, J.A., (et al.), "*Manual de Derecho constitucional*", Tecnos, 2009, pp. 29 y ss. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "*Principios de Derecho Administrativo General*", Iustel, Madrid, 2006, pp. 193 y ss. También MATTEUCCI, N., "*Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*", Trotta, Madrid, 1998. Un correctísimo y breve análisis de las etapas del constitucionalismo hasta llegar a la constitución normativa en BARRILAO SÁNCHEZ, J. F., "*Sobre la constitución normativa y la globalización*", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 7, 2004, pp. 242-248.

¹⁵ HABERMAS, J., "*El Derecho Internacional en la transición hacia un escenario posnacional*", Katz editores, Madrid, 2008. p. 12. ID. "*Más allá del Estado Nacional*", Madrid, Trotta, 2008, centrado en los cambios en el Estado Alemán tras la II Guerra mundial hasta nuestros días. Ver desde este punto de vista

La extrapolación de la teoría constitucional a un orden globalizado se encuentra por tanto con el impedimento de la tradicional esencia estatista del Derecho, su virtualidad para resolver conflictos sociales en un ámbito limitado al territorio estatal. La metodología tradicional del Derecho constitucional encuentra serias dificultades para ser aplicada “tal cual” cuando trata con factores de relevancia global¹⁶.

HUMRICH, C., “*Legalization and the evolution of Law in International Society: A Habermasian approach*”, 5th Pan-European International Relations Conference, en La Haya, disponible en www.sgir.org/conference2004.

¹⁶ En el marco del Derecho de la Unión Europea concretamente se ha debatido mucho sobre la posibilidad de utilizar una metodología estatista en el análisis científico del Derecho europeo de forma estricta. Con la intención de no tomar parte en el amplísimo debate sobre este tema, sino de mostrar un punto de vista intermedio y prudente, no podemos olvidar que los conceptos jurídicos constitucionales nacionales han ejercido una increíble influencia sobre la estructuración y desarrollo jurídico de la Unión Europea y el camino de la integración (ZILLER, J., “*La función de los conceptos constitucionales*”, op. cit. p. 31), basta con pensar en el papel que ha jugado el TJ en la construcción dogmática de los principios generales del derecho europeo así como la importancia de las tradiciones constitucionales comunes, base sobre la que se asienta la legitimidad de la Unión (AZPITARTE, S., “*Del Derecho constitucional común europeo a la constitución Europea: ¿Cambio de paradigma en la legitimidad de la Unión?*”, Teoría y Realidad constitucional, n. 16 2005, pp. 343 y ss.). Este debate, no obstante, depende de las cuestiones que se traten y de los conceptos que se utilicen. Por poner un ejemplo MICHAEL, L. considera que las normas de producción jurídica del proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa respondían a una determinada concepción de la democracia y «tras ello late un concepto de Estado Constitucional que, no obstante, no se puede medir con los parámetros del Estado de Derecho nacional», (en “*Procedimientos de producción del Derecho: el procedimiento legislativo ordinario*”, ReDCE, n.3, 2005, p. 44) sobre el mismo tema, la cuestión de la democracia y su conjugación en los procedimientos legislativos del Tratado constitucional GUILLÉN LÓPEZ, E., resuelve que si es común mantener que el derecho europeo no puede ser examinado desde las categorías propias del Derecho constitucional interno «en mi opinión, con esa sola aseveración se resuelve poco, porque lo que está en cuestión es de qué podemos prescindir o en qué medida se pueden *aggiornar* los principios que el constitucionalismo ha ido depurando» (“*El parlamento Europeo*” ReDCE, n. 3, 2005, p. 60). Sobre la evolución de los sistemas de fuentes desde un punto de vista comparado y desde la perspectiva europea ver los trabajos de PIZZORUSSO, A., “*Justicia, Constitución y pluralismo*”, Palestra editores, Lima (Perú), 2007, pp. 57-87. Del mismo autor “*Leges et iura*”, UNAM, México DF, 2008, pp. 8-31. Igualmente “*La producción normativa en tiempos de globalización*”, ReDCE, n° 11, enero-junio 2009, Para BALAGUER CALLEJÓN, F., en la construcción de un lenguaje jurídico común europeo la hipótesis correcta de partida es la comprensión de que si bien una cosa es superar (respecto de los conceptos constitucionales a utilizar como comunes) los últimos desarrollos del Derecho constitucional (y tender a una mayor normatividad de las estructuras constitucionales) otra muy distinta es pretender que formulaciones todavía primitivas desde el punto de vista de la técnica constitucional, puedan resultar satisfactorias por «originales». “*La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea*”, ReDCE, n° 1, Enero-Junio de 2004, p. 313. Con WAHL, R., “*¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de Teoría del Estado?*”, Teoría y Realidad Constitucional, n. 18, 2006, p. 108, podemos decir que «(a)

Estos impedimentos conceptuales de partida nos exigen un esfuerzo en la revisión de los conceptos de la teoría constitucional, pero no deben hacernos dudar de la utilidad de la ciencia constitucional en el terreno de la globalización. Por el contrario, esta reflexión remarca como principal escollo para elaborar un discurso constitucional en la materia la dificultad para describir con las herramientas de la teoría constitucional tradicional las líneas políticas y sociales que se encuentran hoy en conflicto y los intereses en colisión en un marco global. Es decir, se nos exige que, en primer lugar, tomemos consciencia de la existencia de una nueva realidad socio-económica objeto de regulación, realidad que se extiende allende las fronteras nacionales como consecuencia de la interrelación de factores en la globalización. Una vez identificada esta realidad global debemos observar a los sujetos que en ella actúan y entran en conflicto, labor primaria de cualquier investigación de ciencias sociales y jurídicas¹⁷. Y es precisamente en este momento en que juega un papel esencial el Derecho en general, en tanto que método de resolución de conflictos sociales a través de técnicas jurídicas, y concretamente el Derecho constitucional, como establecimiento de un marco adecuado en el que institucionalizar el conflicto, marco en el que organizar los diferentes intereses en juego e imponer garantías adecuadas de limitación y

lí donde se ofrecen tantos conceptos, surge pronto la sospecha de que carecemos en realidad de los conceptos adecuados a partir de los cuales se alcanza la comprensión. Los conceptos no son naturalmente todo, pero sin conceptos difícilmente cabe alcanzar un entendimiento suficiente. El problema básico del Derecho público... radica en que se mueve cada vez más fuera de los habituales ámbitos del Estado conocidos desde hace siglos, mas para ese viaje exploratorio dispone sin embargo sólo básicamente de los conceptos centrados en el Estado». Muy claramente lo expresa RUBIO LLORENTE al exponer que el estudio del Derecho constitucional no puede seguir centrándose exclusivamente en las constituciones de los Estados «como si el proceso de integración no implicase un transformación profunda del Estado, que obliga a reelaborar las viejas categorías y a crear otras», RUBIO LLORENTE, J., *“El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa”*, REDC, n. 48, 1996, pp. 9-33. Ver también en este sentido CASCAJO CASTRO, J. L., *“Constitución y Derecho constitucional en la Unión Europea”*, Teoría y Realidad Constitucional, n. 15, 2004, p. 90. Finalmente, como argumento último y de autoridad WEILER lo ha expresado de forma contundente: «Estamos ante un orden jurídico constitucional en el que la teoría constitucional no ha sido aún desarrollada. En efecto, no ha habido una elaboración suficiente de sus valores trascendentes y de sus objetivos a largo plazo y se han interpretado mal sus elementos ontológicos», WEILER, J. H. H., *“Europa, fin de siglo”*, CEC, Madrid, 1995, p. 206.

¹⁷ Como expresa DIEZ DE VELASCO, M., «si consideramos al Derecho en general como un sistema o conjunto de normas reguladoras de determinadas relaciones entre los individuos o entre grupos de ellos, debemos inmediatamente referirnos a la sociedad en que éstos o aquellos están insertos». ID. *“Instituciones de Derecho Internacional Público”*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 55.

control de los poderes que actúan en ese marco¹⁸ – como representación de los diversos intereses plurales y globales¹⁹.

¹⁸ El concepto de poder ha sido quizás más estudiado en la teoría sociológica que en la jurídica. El poder debe ser en esta acepción entendido de manera amplia. Siguiendo a Max WEBER podemos identificarlo con «la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad», (WEBBER, M., *“Economía y sociedad”*, v.1, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, p. 43), para una definición más política, y concretamente, basada en las relaciones internacionales, podemos citar a Hans MORGENTHAU: el poder es «cualquier cosa que determine y mantenga el control del hombre sobre el hombre y abarca todas las relaciones sociales que sirven a estos fines, desde la violencia física hasta los lazos psicológicos más sutiles que permiten a una mente gobernar la otra», MORGENTHAU, H., *“Política entre naciones, la lucha por la guerra y la paz”*, GEL, Buenos Aires, 2000, p. 209., en su obra, el autor considera que la política no es sino la lucha por el poder, p. 41. En mi opinión la definición más acorde con lo expuesto, y en perspectiva jurídica es la de FERRAJOLI. Más allá de que esta definición sea fruto del entendimiento del poder como derecho-poder, en referencia a los derechos políticos y civiles, creo que nos da la idea más acertada: entendemos el poder como «cualquier facultad cuyo ejercicio...produce efectos jurídicos». Ver FERRAJOLI, L., *“Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia”*, Trotta, Madrid, 2006, p. 111.

¹⁹ Sobre Derecho en general, pero esencialmente desde un punto de vista de la constitución como “la imposición de un proyecto frente a las fuerzas en conflicto” ver ZAGREBELSKY, G., *“Il Diritto mite: legge, diritti, giustizia”*, Torino, Einaudi, 1992. Versión en español *“El Derecho dúctil: ley, derechos y justicia”*, Consejería de Cultura, Madrid, 1995. La idea de la constitución como imposición a todas las fuerzas en conflicto puede analizarse a través de ZAGREBELSKY, G., *“Premessa”*, en MORTATI, C., *“La costituzione in senso materiale”*, reedición inalterada, Milán, 1998, pp. 36 y ss. Desde el punto de vista del conflicto social entre grupos heterogéneos, como conflicto por el poder, esta teoría es equiparable al concepto sociológico de “hegemonía” de GRAMSCI, A., *“Scritti Politici. A cura di Paolo Spriano”*, Riuniti, Roma, 1979, en tanto que expresa un pacto en un “bloque social o histórico” en el que se representan “clases sociales y económicas” con intereses diversos, RODRÍGUEZ PRIETO, R., SECO MARTÍNEZ, J. M., *“Hegemonía y democracia en el siglo XXI: ¿Por qué Gramsci?”*, Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho, n. 15, 2007, consultado en <http://www.uv.CEFD/15/rodriguez.pdf>. día 14 de abril de 2009. Como explicación a la filosofía de Gramsci ver GRUPPI, L., *“El Concepto de Hegemonía en Gramsci”*, Ediciones de Cultura Popular, México, 1978, pp. 7-29, 84-111. La identificación entre la concepción del constitucionalismo débil o dúctil de Zagrebelsky y el concepto de “hegemonía” en Gramsci podemos encontrarla en MAESTRO BUELGA, G., *“Globalización y Constitución débil”*, Teoría y Realidad constitucional, num. 7, 2001, pp. 137-172. Extrapolando del mismo modo esta idea al ámbito de las fuentes del derecho, y desde el punto de vista de la sociedad abierta o la democracia procedimental (HÄBERLE) la Constitución representa, por lo tanto, la procedimentalización y garantía del pluralismo democrático, al imponer las bases del orden social, estableciendo la interacción entre Estado y Sociedad, en este sentido ver BALAGUER CALLEJÓN, F., *“Fuentes del derecho”*, Vol. II. *Op. cit.*, pp. 15-20. Desde un punto de vista exclusivamente europeo señala el mismo autor que «Europa no se puede construir constitucionalmente sobre la base de meros pactos políticos (como ocurre todavía en algunos ordenamientos constitucionales europeos) sino que la construcción de Europa exige una ordenación jurídico-constitucional que haga posible la solución de los conflictos mediante técnicas jurídicas». BALAGUER CALLEJÓN, F., *“La construcción del lenguaje jurídico europeo”*, ReDCE, nº 1,

Desde una contextualización adecuada los elementos de la teoría constitucional continúan siendo esenciales para enfrentarse a los nuevos retos de las sociedades del siglo XXI, y para iluminar los métodos de ordenación y control de las interrelaciones de factores globales desde el derecho, puesto que «vivimos en una sociedad en la que nos enfrentamos a problemas modernos donde no hay soluciones modernas»²⁰. La cuestión es enfocar estas herramientas

Enero-Junio de 2004, p. 312. Sobre la idea de los poderes o grupos en conflicto debo advertir que me refiero a un “poder” en sentido amplio, incluyendo tanto el fenómeno del asociacionismo de la sociedad civil, como la organización de los partidos políticos... en este sentido es interesante citar el primer planteamiento «del papel de las asociaciones en la realidad constitucional viviente de los Estados» (los *Verbände* o *parti*) realizado por KAISER. J. H., “*La rappresentanza degli interessi organizzati*”, Milán, Giuffré, 1993, p. 27. En coherencia con las citas, por tanto, nos proponemos analizar al Derecho europeo desde sus posibilidades de constitucionalización, y de este modo estudiar la constitución material que conforma las bases de la Unión Europea como un pacto económico-social entre sujetos y grupos de europeos que tratan con ella de imponer unas reglas de juego para la resolución e institucionalización de los conflictos actuales planteados por el paradigma de la globalización, en tanto que crisis de los sistemas constitucionales hasta ahora establecidos. Es esencial para el estudio del constitucionalismo como institucionalización de un equilibrio entre poderes (representativos de intereses diversos como la monarquía, la burguesía o nobleza, los ciudadanos o súbditos, el clero...) la historia y el desarrollo del “Balance of powers” inglés, y su relación con la teoría continental de la división de poderes. Para una visión comparada GARCÍA PELAYO, M., “*Derecho constitucional comparado*”, Alianza editorial, Madrid, 2000, p. 254 y ss., ID “*Las transformaciones del Estado contemporáneo*”, Alianza Universidad, 2005, pp. 224 y ss. Esta bibliografía debe ayudarnos a entender el papel del Derecho constitucional en el estudio del ordenamiento europeo desde la premisa expuesta al comienzo de estas páginas: “toda organización constitucional de una sociedad debe tender a la limitación y control del poder en garantía de los derechos de los ciudadanos”.

²⁰ Este magistral resumen sobre la realidad actual corresponde a SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA., “*El uso contra-hegemonico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo*”, en “*Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Derecho y Justicia en una Sociedad Global*”, n.39/2005, UGR, Granada, 2005, pp. 366 y ss. Me remito a él como verdadera exposición de motivos de cualquier análisis jurídico de la realidad. Concretamente me adhiero a su indispensable concepción de las “transformaciones sociales” como tensión entre la “regulación jurídica” y la “emancipación social”, tensión que compuso los principales sistemas políticos desde la etapa liberal hasta la crisis del modelo del “estado de bienestar”. Sobre este aspecto, coincido con el autor plenamente en que las posibilidades de resolver conflictos sociales (aspiración a la emancipación social) a través de la regulación jurídica aun merecen un voto de confianza, puesto que no puede considerarse otro modo de resolución más allá de la violencia. (Me remito también sobre este planteamiento, sobre el uso del Derecho en un mundo internacionalizado – de políticas globalizadas –, al discurso de HABERMAS, J., “*El Derecho Internacional en la transición hacia un escenario posnacional*”, Centro de Cultura contemporánea de Barcelona, 2008, pp. 9-48). Por ello me limito a confiar en que el Derecho sólo puede tener una utilidad y un fin, resolver conflictos sociales, y que por lo tanto aun es una herramienta indispensable para la comprensión de las nuevas realidades supranacionales y globalizadas, y su estructuración en una sociedad justa e inclusiva (“cosmopolita”): «La legalidad cosmopolita puede revelarse más eficaz si se mantiene el *status quo*

constitucionales una vez que se haya resuelto la pregunta central y prioritaria: cuál es el verdadero conflicto actual que tiene que resolver el Derecho constitucional, cuál es realmente el poder que debe hoy día ordenarse y limitarse mediante el Derecho constitucional.

3 LA NUEVA REALIDAD POLÍTICO-ECONÓMICA: GLOBALIZACIÓN Y CRISIS DEL DERECHO

Al analizar los nuevos conflictos a los que se enfrenta el Derecho debemos partir de la constatación de que nos encontramos en un momento de transición de las estructuras político-sociales tradicionales. Una transición que se ha precipitado en los últimos sesenta años y que avanza desde los postulados tradicionales enraizados en el Estado-nación, hacia muy diversas tentativas de organización socio-jurídica universal o cosmopolita²¹. Estas formas

legal: la aplicación efectiva de las leyes tal y como figuran en el texto. El dilema del cosmopolitismo estriba en tener que luchar por una profunda transformación social y por mantener el *status quo*». No obstante, como en esta obra se expone, las nuevas realidades (las relaciones económico-sociales mundializadas y la Unión Europea como paradigma de regulación jurídica de las mismas) nos ofrecen una nueva oportunidad de construir un sistema cosmopolita a través del derecho anti-hegemónico – el concepto de hegemonía de De Santos parece una evolución del de Gramsci, citado más arriba-. Si el Derecho es, en sí mismo, una ciencia de resolución de conflictos de carácter “hegemónico” (donde los conflictos de poder se resuelven a través de normas consideradas superiores al propio conflicto y creadas por lo tanto por un poder superior al resto y que inevitablemente representa a los intereses sociales y económicos más poderosos) «una cosa [...sería...] utilizar un instrumento hegemónico en una lucha política determinada y otra cosa es utilizarlo de manera hegemónica». Es decir, el Derecho actual (para nosotros siempre desde la perspectiva constitucional) será útil para resolver los nuevos conflictos en la medida en que sea “incluyente” respecto de todas las culturas, intereses y estratos sociales, en la medida en que sea plural y se identifique en una democracia participativa adecuada, y siempre que se configure de modo distinto a la tradición demo-liberal excluyente, que en la etapa actual ha hecho un uso hegemónico de concepciones hegemónicas del derecho y los derechos, aliada hasta ahora con un capitalismo cuyo motor se basa precisamente en la creación de inestabilidad y desigualdades mundiales atroces, en la exclusión como solución a la crisis y respuesta a la pregunta por la emancipación social pp. 387-392. Me remito también a la obra DE SOUSA SANTOS, B., *“Reinventar la democracia. Reinventar el Estado”*, Sequitur, Madrid, 2009. Volviendo a la cita que nos ha llevado a la nota al pie, la idea de que no existen conceptos o herramientas nuevas para resolver los problemas nuevos cito la prudente observación de SARTORI, G., *“Democrazia e definizioni”*, 1957, p. 317: «no es fácil ser original. Casi siempre volvemos a descubrir, sin saberlo, lo ya descubierto, y aquello que nos parece nuevo es simplemente cualquier cosa que ya se había olvidado. Muchos son originales por indocia ignorancia. Otros buscan la originalidad en el extremismo, que es lo menos original, pues vivir de las rentas, de exagerar las ideas ajenas, es llevar una vida mental parasitaria».

²¹ Para un análisis de la situación de la UE de frente a las diferentes interpretaciones del desarrollo de la tesis de la paz perpetua de Kant y al derecho cosmopolita ver ELEFThERiADiS, P., *“Cosmopolitan law”*, *European Law Journal*, n.2, 2003, pp. 241-263. Este autor desarrolla un paragonismo entre la

de organización se superponen en el mundo actual y deben dar respuestas jurídicas adecuadas al vertiginoso avance de las técnicas de comunicación y las prolíficas relaciones socio-económicas a escala mundial. Desde el prisma del Derecho constitucional debe en primer lugar subrayarse este cambio o transición desde dos elementos: (1.) la crisis del modelo tradicional del Estado nación, y consecuentemente, (2.) la crisis de legalidad o de la constitución normativa observada en la actuación actual de los poderes públicos.

3.1 CRISIS DEL MODELO TRADICIONAL DEL ESTADO NACIÓN

La realidad mundial de hoy, y el marco del nuevo conflicto social, se conceptualiza como “globalización”. La globalización, como hemos dicho interrelaciona factores jurídicos y sociales con otros de carácter económico, y en lo que ahora nos interesa, entraña una mundialización de las relaciones subjetivas, así como de crecientes parcelas de poder, tanto público como privado, que ha provocado la ampliación de los escenarios de relaciones económicas y sociales donde entran en conflicto nuevos actores con procedencias e intereses heterogéneos en un ámbito que supera el marco territorial estatal²². La interrelación de intereses y sujetos socio-económicos en un marco superior al ámbito estatal ha terminado por minar la estructura de poder del estado-nación soberano, como marco único en el que se regulaba a través del derecho la interacción de los diferentes factores sociales e intereses en juego. Como consecuencia de ello, la mundialización de las relaciones socio-económicas ha impulsado, a su vez, una mundialización de los mecanismos jurídicos de regulación, una globalización jurídica, es decir: la proliferación de instituciones jurídicas de regulación a nivel extra estatal, internacional y supranacional²³.

tesis kantiana del cosmopolitismo y, por un lado, las posibilidades federales de la UE, y por otro lado, las diversas estructuras de las garantías de los derechos fundamentales a nivel internacional: «European law is a much deeper example of supranacional legal order. It is also not a universal legal order but rather a narrower creation of a limited number of states who have joined forces for particular purposes». En un sentido completamente distinto JOERGES, C., y NEYER, J., “*Deliberative Supranationalism*”, European University Institute, Working Papers, Law, n. 20, 2006, construyen la idea de la democracia deliberativa a nivel supranacional y exponen su particular visión sobre el valor de los principios de derecho europeo en el ámbito interestatal, el derecho europeo como un tipo de «supranacional law of conflict of laws» basado en la metodología americana.

²² La definición es de SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., “*Derecho europeo y Globalización: mitos y retos en la construcción en la construcción del Derecho constitucional Europeo*”, Revista de Derecho constitucional Europeo, n.12, 2009, pp. 115-150.

²³ Aunque el fenómeno de la globalización se expresa en el ámbito técnico y sobre todo económico, ha sido reconocido por la doctrina de forma general la existencia de un elemento de globalización jurídica.

En este marco socio-económico mundializado la concepción clásica de la soberanía de los Estados, mantenida desde los Tratados de Westfalia²⁴, ha cambiado por completo su configuración provocando, por un lado, la erosión de los límites entre la esfera pública y la esfera privada – entre poderes políticos y poderes socio-económicos; y por otro lado, la erosión entre la esfera nacional y la internacional²⁵. Es decir, la acción de la globalización ha venido a reducir progresivamente el poder de los Estados que, desde una perspectiva tradicional, han perdido capacidad efectiva y exclusiva de decisión y de intervención en su ámbito territorial. Las relaciones jurídicamente relevantes, desde un punto de vista nacional, trascienden hoy los ámbitos de sujeción que antaño supusieron las fronteras nacionales. Ciertamente, han aparecido nuevas esferas de actividad manifestadas en una serie de relaciones interpersonales (desarrolladas fundamentalmente en el campo de los transportes, el comercio y las finanzas) donde los sujetos que hoy actúan pueden prescindir del encuadramiento derivado del derecho de los estados a los que pertenecen para someterse a aquel más ventajoso²⁶.

Como reflejo de la nueva realidad mundializada de relaciones socio-económicas, el Derecho se ha encontrado con una diversificación tanto de sus actores como de sus centros de producción. De sus actores, por el auge de nuevas formas de intereses privados y difusos – en representación de un mercado financiero ferozmente liberalizado y de una sociedad civil con mayores

O más bien, unas consecuencias de tipo jurídico provocadas por la globalización económica. Ver a tal efecto FERRARESE, M. P., *“Il Diritto al presente”*, Il Mulino, Bolonia, 2002 y también GALGANO, F., *“La globalizzazione nello specchio del Diritto”*, Il Mulino, Bolonia, 2005.

²⁴ PIZZORUSSO, A., *“Justicia, Constitución y Pluralismo”*, cit., espec. p. 58. Sobre el cambio en el paradigma del Estado Westfaliano ver también LAPORTA, F., *“Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”*, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 39, 2005, pp. 243-267.

²⁵ Con HABERMAS podemos subrayar que “la soberanía del Estado queda enterrada en la medida en que corporaciones socialmente poderosas participan en el ejercicio del poder público, sin quedar sujetas a las responsabilidades cuando se trata de órganos del Estado. Como ya hemos señalado, actores sociales dotados de un poder paraconstitucional de negociación hacen añicos el marco de la constitución” HABERMAS, J., *“Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso”*, Trotta, Madrid, 1998, p. 519. REPOSO, A., llega incluso a afirmar que «L’internazionalizzazione della vita sociale, sembra addirittura preludere al crepuscolo degli Stati nazionale e, comunque, determina una significativa erosione dei loro poteri sovrani, sino a porre in forse, secondo alcuni, il futuro della stessa forma Stato», REPOSO, A., *“La Costituzione spagnola tra costituzione europea e costituzione internazionale”*, en FERNÁNDEZ SEGADO, F., *“The Spanish constitution in the European constitutional context”*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 652.

²⁶ PIZZORUSSO, A., *“Leges et iura”*, UNAM, 2008, p. 10 y ss.

herramientas para la concertación²⁷ - que influyen en la producción jurídica estatal. De sus centros de producción, por el intento intergubernamental de regulación de los nuevos intereses y ámbitos globalizados a través de organismos internacionales. Esta situación, en resumen, ha terminado con el monopolio estatal sobre la producción jurídica en la regulación de los conflictos sociales.

En primer lugar, la diversificación de los actores encuentra como paradigma aquellos entes de naturaleza económica que, debido a la liberalización económica imperante y al desarrollo tecnológico, han alcanzado una insólita capacidad de influencia sobre los centros de decisión política de los estados (especialmente en cuanto a políticas económicas y sociales). Esta proliferación de 'poderes fácticos' de carácter económico ha comportado la progresiva privatización de la esfera pública donde se realizaban las deliberaciones sobre las posibilidades de regulación. Esta privatización, como señala SÁNCHEZ BARRILAO es causa de «la propia negación de la política como voluntad externa al mercado, o más bien, de la presentación de la voluntad política estatal (conformada a través del procedimiento democrático constitucionalmente institucionalizado) como "apolítica" que interactúa con un mercado aparentemente objetivo»²⁸. La negación del procedimiento político-democrático como base del debate sobre la regulación de las relaciones económicas (aunque también sociales y culturales) globalizadas, ha terminado, en la mayoría de los casos, por ajustar la legislación estatal a la coyuntura marcada por los poderes privados (en el sentido de económicos y globales) en una esfera mundial que, a la vez, trasciende las posibilidades de regulación por parte del Estado-nacional²⁹. De esta situación

²⁷ Los ejemplos de poderes económicos privados son hoy día tristemente reconocibles, baste abrir un periódico para encontrar nombres concretos de agencias y multinacionales a las que se puede acusar del desastre económico actual. Los ejemplos de la sociedad civil organizada (como poderes privados no económicos) son tristemente menos reconocibles. Podemos señalar con DE SOUSA SANTOS el Foro de Porto Alegre como uno de los mayores poderes fácticos actuales, con influencia en el ámbito político. Ver de nuevo DE SOUSA SANTOS, B., "El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo", *cit.*, pp. 380 ss. Una magistral exposición sobre los poderes globalizados privados en TEUBNER, G., "Giustizia nell'era del capitalismo globale?", *European Journal of Legal Studies*, n. 3, 2008. El autor expone que más allá del conflicto entre ciudadanos y Estado la globalización se expresa en mayor modo por la influencia psico-física de relaciones de matrices comunicativas de origen privado en forma no sólo jurídica sino también farmacéutica, biológica, comunicativa...

²⁸ BARRILAO SÁNCHEZ, J. F., "Sobre la constitución normativa y la globalización" *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2004.

²⁹ Nos referimos a poderes privados como poderes económicos que trascienden el ámbito estatal de regulación. Esta distinción es esencial para distinguirnos del axioma de lo "privado no es político", las relaciones de carácter privado no tienen relevancia política. Con CAPELLA, J.A., podemos resaltar el papel trascendental que ha jugado en la configuración de la carta de derechos contemporánea la

tenemos actualmente un triste ejemplo en las políticas realizadas a instancias de los gobiernos y poderes ejecutivos frente a la crisis económica mundial causada por los “poderes” financieros e impuestos en nombre de un mercado y mediante la voz de organismos internacionales de carácter económico como el Fondo Monetario Internacional, y de empresas privadas de calificación de riesgos (Standard & Poor’s, Moody’s o Fitch Group). Decretos gubernamentales de ajustes de las políticas sociales en demanda de un mercado mundializado y abstracto³⁰.

En segundo lugar, la aparición de nuevos actores económico-sociales y la mundialización de las relaciones intersubjetivas han provocado la proliferación de organismos internacionales de concertación jurídica y política. A través de tales organismos los estados, que por sí solos se encuentran impedidos para regular las materias y los espacios globales (por el carácter mundial de las materias, los espacios y la instantaneidad de los tiempos en los que los sujetos pueden ahora relacionarse gracias al avance de las telecomunicaciones), tratan de ordenar y regular los nuevos intereses comunes a todas las naciones. Los estados nacionales se enfrentan de modo creciente a problemas técnicos de una magnitud tal que exigen la cooperación internacional con finalidades de

politización de las esferas privadas, en tanto que domésticas, en los movimientos antipatriarcalistas, ya que para que las mujeres hayan podido conquistar una igualdad jurídica con el hombre ha sido necesario regular y politizar ámbitos y tradiciones arraigadas en el ámbito doméstico por las culturas occidentales durante siglos. Sin embargo, cuando hablamos ahora de “poderes privados”, no hacemos referencia a la politización de esferas privadas (en un sentido de libertad), sino que nos referimos a la concentración de poder real en manos de instituciones de poder nuevas que lo ejercen de forma efectiva, nos referimos al crecimiento y la mutación experimentada por las instituciones de producción modernas –las empresas– que han dado origen a las llamadas empresas multinacionales: empresas extendidas por diversos países y formalmente sometidas a varias legislaciones estatales (en las que pueden influenciar a través de sus enormes contribuciones tributarias en favor de políticas fiscales o laborales favorables para las mismas) que manejan recursos económicos en muchos casos superiores a los de muchos estados. Estos poderes privados, son denominados así porque «reventan las categorías teóricas (de poder) heredadas, como un conglomerado de centros de poder político privado, pues adoptan decisiones significativamente políticas, pero lo hacen desde institutos privados de decisión», CAPELLA, J. A., “*La globalización: ante una encrucijada jurídico política*”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, *cit.*, pp. 19-20.

³⁰ Como ejemplo baste señalar el polémico *Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público*, (BOE n. 126, 24 de mayo de 2010, convalidado el 27 de Mayo, por el partido mayoritario, gracias a la abstención de dos partidos minoritarios). A este respecto Permítase la cita al artículo publicado en el diario nacional “Público” (domingo, 13 de junio de 2010) titulado “*La Justicia y los ‘Mercados’*”, firmado por PISARELLO, G., en el que se hace alusión a la necesidad de recuperar un principio jurisprudencial como el ‘principio de no regresividad’ en el ámbito del Estado del bienestar y la igualdad de derechos para evitar el reajuste económico-social provocado por la reciente crisis financiera mundial, p. 9.

coordinación regional o mundial de políticas concertadas³¹. La proliferación de estos organismos internacionales representa un importante indicador de la transformación de la estructura de poder tradicional del estado. Representa la limitación y el cambio de los lugares de soberanía del estado, que ahora se articulará y limitará en instancias internacionales productoras de tipologías normativas a las que quedará jurídica o políticamente vinculado, y que influirán en la capacidad de autodeterminación política de sus gobiernos y en la eficacia del derecho propiamente nacional³². Es precisamente la proliferación de tales organismos internacionales el elemento de mayor relevancia en nuestro estudio jurídico constitucional, principalmente porque estos organismos suponen una proliferación de centros de producción normativa, y los procedimientos de producción normativa en las instancias internacionales tienen carácter intergubernamental, por lo que son, a priori, ajenos a los procedimientos democráticos de producción normativa y a sus respectivos controles, establecidos en sede nacional por las constituciones democráticas³³.

En conclusión, de la globalización socio-económica ha resultado como contrapartida una “globalización jurídica” como respuesta al actual declive del poder regulador del estado. Ello ha supuesto una transformación de los procedimientos jurídico-políticos de regulación de conflictos, que en los estados constitucionales democráticos de derecho se habían basado, desde mediados del siglo XX, en la producción y aplicación de normas por los poderes públicos estatales, controlados en esta tarea por procedimientos de producción normativa y de actuación acordes a principios y límites establecidos en sus constituciones. Es decir, la superación del marco del estado nación en la regulación de la sociedad mundial puede comportar, y comporta, en primer lugar, una quiebra

³¹ El ámbito en el que actúan estos organismos no tiene sólo carácter económico (OMC, Banco Mundial, FMI...), sino que también responden a inquietudes comunes (medio ambiente -Tratado de Kioto-, salud -OMS-, seguridad) provocadas por la internacionalización de las relaciones económicas, y a la salvaguarda de principios universales (Carta de Derechos Universales de la ONU, Convenio Europeo de Derechos Humanos) como la paz o los derechos humanos.

³² Ver en este sentido de nuevo FERRAJOLI, L., “*Derechos y garantías...*”, *cit.*, especialmente el capítulo “La soberanía en el mundo moderno”, pp. 125-158.

³³ Así, como advierte la doctrina más crítica «la noción moderna dominante de democracia está íntimamente ligada al Estado-nación. Así, para examinar el estatus actual de la democracia, debemos considerar ante todo el cambio de poderes y de papel del Estado-nación. Muchos teóricos sostienen, y muchos otros rechazan, que los diversos fenómenos agrupados comúnmente bajo el término “globalización” han erosionado o incluso anulado los poderes de los Estados nación», ver NEGRI, A., y HARDT, M., “Globalización y democracia”, en NEGRI, A., “Guías. Cinco lecciones en torno a Imperio”, Paidós Estado y Sociedad 118, Barcelona/Buenos Aires/México, 2004, p. 93.

del principio democrático en la producción de las normas de regulación de los nuevos conflictos globales que se terminarán aplicando a sus propios ciudadanos por los poderes públicos nacionales, principio democrático que es fundamento esencial del Estado Constitucional³⁴.

3.2 LA CRISIS DE LEGALIDAD O DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA OBSERVADA EN LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

Es cierto que la aparición de nuevos actores privados y los cauces de regulación de los organismos internacionales alteran el monopolio del Estado como productor de Derecho. No obstante, es fundamental el hecho de que, en las instancias internacionales los gobiernos estatales encuentran también una salida a su falta de capacidad tanto para regular ámbitos materiales y espaciales (que de forma individual escaparían a su control), como para determinar las condiciones en las que se relacionan con actores globales de carácter no estatal (como las grandes multinacionales u organismos no gubernamentales). Se ha aceptado comúnmente en doctrina la cuestión del declive del poder regulador del estado nación, sin embargo, no podemos olvidar que en realidad los estados, frente a los poderes económicos privados, son los principales actores de la globalización³⁵.

³⁴ Para ARAGÓN REYES, M., *“Constitución, democracia y control”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 88, México, 2002: «sólo es constitución auténtica, es decir, constitución normativa, la constitución democrática, ya que únicamente ella permite limitar efectivamente, esto es, jurídicamente, la acción del poder», p.10, «la democracia enlaza la validez y la legitimidad de la constitución», p. 11, ver también el trabajo ID. *“El control como elemento inseparable del concepto de constitución”*, Revista española de Derecho constitucional, num. 19, enero-febrero de 1987. Debo citar la definición de RUBIO LORENTE, F: «por constitución entendemos... y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek aplica, con algunas inconsecuencias, a las Constituciones napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional”, *“La Constitución como fuente del derecho”*, en *“La constitución y las fuentes del derecho”*, 1979, vol. I. p. 61.

³⁵ A menudo la cuestión se expresa como un aut/aut: o los Estados-nación son diferentes o existe un nuevo orden global, La Era de la globalización no ha significado el fin del Estado-nación, aun hoy algunos estados cumplen funciones esenciales en la institución y reglamentación de las normas económicas, políticas y culturales, pero otros Estados-nación han sido efectivamente destituidos de la posición de autoridad soberana. Cfr. NEGRI, A y HARDT, M., *“Globalización y democracia”*, cit., p. 93. Este autor resuelve la paradoja mediante el concepto de *“imperio”* que expresa la ocupación del poder en un orden mundial transitorio dominado por una red de poderes ubicados en diferentes estados, pero sólo

Por un lado, los gobiernos nacionales recurren a las instancias internacionales para tratar de regular los conflictos económico-sociales propios de la globalización, frente a los que, de otro modo, perderían capacidad de actuación. Ello efectivamente implica la vinculación de su autonomía política a acuerdos internacionales (como el control sobre los recursos tributarios de las empresas nacionales, que sin embargo operan internacionalmente; el control sobre las emisiones de gas o el consumo de energía; la decisión de comerciar con determinados países, la decisión de congelar o requisar bienes bancarios de sospechosos de terrorismo³⁶... etc.), pero por otro lado, los estados (los gobiernos de los mismos, el poder ejecutivo, quiero decir) ganan sin duda espacios para un nuevo tipo de influencias³⁷.

Efectivamente, el poder del estado se transnacionaliza y la toma de decisiones, cada vez en mayor número y con mayor trascendencia, se realiza en organismos de carácter internacional a través de medios de concertación política e intergubernamental que escapan, en la mayoría de los casos, a los sistemas internos de garantías constitucionales en la producción del derecho y la toma de decisiones de carácter ejecutivo (por ejemplo en todas aquellas materias incluidas

en algunos. MAESTRO BUELGA, G., *"Globalización y constitución débil"*, cit. es de la opinión de que los Estados son los principales actores de la Globalización. Un ejemplo esencial sobre la atribución de poder a órganos supranacionales, por un lado, y la contrapartida de la recuperación de tales poderes (transformados) de nuevo por el Estado en el ámbito supraestatal se observa especialmente en la integración europea. Así lo expresa la Corte Costituzionale en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia *Frontini* de 27 de diciembre de 1973 (que será examinada más adelante), cuando expone en el fundamento 5 *in fine*: «questa attribuzione di potestà normativa agli organi della C.E.E., con la corrispondente limitazione di quella propria degli organi costituzionali dei singoli Stati membri, non è stata consentita unilateralmente né senza che l'Italia abbia acquistato poteri nell'ambito della nuova istituzione. Stipulando il Trattato di Roma l'Italia ha liberamente compiuto una scelta politica di importanza storica, ed ha acquistato, con la partecipazione alla Comunità economica europea, il diritto di nominare propri rappresentanti nelle istituzioni della Comunità, Assemblea e Consiglio, e di concorrere alla formazione della Commissione e della Corte di giustizia. Le consentite limitazioni di sovranità trovano quindi il loro corrispettivo nei poteri acquisiti in seno alla più vasta Comunità di cui l'Italia è parte, e con la quale è stato concretamente iniziato il processo di integrazione degli Stati d'Europa».

³⁶ Por ejemplo, veamos los Reglamentos CE 1390/2002 en los que se lista una serie de sospechosos de vinculación y financiación a la red terrorista Al-qaeda y en el que se exige la congelación de sus bienes bancarios, Reglamento europeo que ha dado origen a la famosa Sentencia del TJ *Kadi*, C-402/05.

³⁷ HABERMAS, J., *"El Derecho internacional hacia la transición ..."*, cit., p. 30. En su ensayo, *"SO, Why does Europe need a constitution?"*, disponible en www.iue.it/RSC/EU/Reform02.pdf, concretará esta idea en la propia Unión Europea entendiéndolo, en determinadas ocasiones, la Unión Europea como un esfuerzo común por los gobiernos de los Estados miembros «to win for themselves in Brussels a degree of the interventionist capacity that they have lost at home».

en el artículo 94.2 de la Constitución española –CE–), garantías esenciales e inherentes a la democracia constitucional y al Estado de Derecho. La toma de decisiones a nivel internacional a menudo socava los límites impuestos al poder público estatal por las constituciones nacionales³⁸. El valor del procedimiento democrático, como marco de deliberación representativo previo al proceso de producción normativa, ha cedido su lugar en los organismos públicos internacionales a la concertación intergubernamental, donde los instrumentos jurídicos y los compromisos internacionales pactados no responden a una voluntad representativa de los ciudadanos –sólo indirectamente responden quizás al poder de las mayorías parlamentarias– ni se sujetan al límite interno constitución-poder legislativo o ejecutivo. Efectivamente, las decisiones intergubernamentales acordadas en las organizaciones internacionales, en la mayoría de los casos sólo pueden ser controladas de forma indirecta por los parlamentos nacionales. Es más, normalmente estos pactos internacionales responden exclusivamente a las voluntades de los gobiernos más poderosos y se imponen sin condiciones sobre los más pobres y sus ciudadanos. Por lo que la mayoría de los gobiernos quedan jurídica y políticamente vinculados a instrumentos jurídicos conformados por procedimientos que precinden de las garantías de participación de las minorías, garantía del pluralismo impuesta como límite por las constituciones normativas nacionales³⁹. La articulación del pluralismo es, precisamente la esencia de la democracia constitucional. Y en el procedimiento intergubernamental de toma de decisiones se observa abiertamente la imposición de las políticas mayoritarias sobre las minoritarias, y por lo tanto el vaciamiento de la esencia constitucional misma. La concepción

³⁸ BARRILAO SÁNCHEZ, J. F., “*Sobre la constitución normativa y la globalización*”, Revista de la Facultad de Derecho, n. 7, 2004, pp. 248-249. Por poner un ejemplo, como advierte el TJ en el FJ 10 de la citada sentencia *Kadi*: “Conforme al artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, «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» que unido a los artículos 95.1 y 96 suponen también una prevalencia de las obligaciones internacionales sobre las propias normas internas e incluso constitucionales (lo que es visible en el ámbito de la integración regional de Europa). Ver SCHILLACI, A., “*Tutela dei Diritti e Cooperazione tra ordinamenti in due recenti pronunce del giudice comunitario*”, en *Giur. Cost.* 2009, pp. 1255 y ss.

³⁹ Como ejemplo cito de nuevo a HABERMAS, J., “*El Derecho Internacional en la transición...*”, respecto de la crítica de la toma de decisiones llevada a cabo en el Consejo de Seguridad de la ONU sobre la pertinencia de la invasión de Irak en 2003. La escasa representación de la población de los Estados defensores de la intervención en este debate se expresó en las manifestaciones llevadas a cabo en el mes de marzo de ese mismo año en las que se calculan se posicionaron en contra hasta cien millones de personas en todo el mundo.

de la constitución normativa como articulación de las bases entre el Estado y la sociedad, como vinculación y límite al poder público respecto de los ciudadanos, pierde su vigor ante el cambio de los centros de decisión política y producción normativa, ante el desplazamiento del poder de los parlamentos al poder de los consejos o asambleas intergubernamentales. Ante el desplazamiento de los lugares de Soberanía estatal⁴⁰.

El desplazamiento de los lugares de toma de decisión política y normativa, en un creciente número de materias, del ámbito nacional al internacional, termina por dinamitar la funcionalidad del Estado democrático y las relaciones tradicionales entre Estado y ciudadanos, “saltando el nexo entre democracia y pueblo que tradicionalmente se encontraba en la representatividad y en la primacía de la ley”⁴¹.

En definitiva, y asentando lo expuesto, la crisis del monopolio de la producción jurídica del Estado y su desplazamiento a un nivel internacional ha provocado una quiebra en la soberanía del Estado⁴². Esta crisis de soberanía da lugar al desplazamiento de los lugares de deliberación política y jurídica al ámbito internacional, donde los gobiernos de los Estados encuentran un foro adecuado para regular y realizar de forma cooperativa aquellas funciones que, la mundialización de las relaciones socio-económicas, les impide realizar

⁴⁰ De nuevo con VERGOTTINI, G., debemos señalar que no nos encontramos ante una crisis de la soberanía del Estado, sino que es un cambio de lugar o desplazamiento de la misma. Efectivamente es el propio Estado el que en la mayoría de ocasiones lleva a cabo un proceso de desregularización o liberalización de determinadas materias al conducir las al ámbito internacional. Lo que el autor nos expone con claridad es que en algunos casos el Estado se consideraría superado en el sentido de que cada Estado no está en disposición de intervenir, mientras que en otros, ningún Estado estaría capacitado para actuar de un modo resolutivo, en cuanto que objetivamente sólo un nivel de intervención más amplio resultaría eficaz. VERGOTTINI, G., “Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización”, *Teoría y Realidad constitucional*, 2006, nº 18, p. 134.

⁴¹ C. DE CABO MARTÍN, “Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador”, *Revista de Derecho constitucional Europeo*, nº. 11, 2009, pp. 17 y ss.

⁴² De nuevo con ARAGÓN, M., podemos decir que «(e)l Estado constitucional es, por principio, y no hace falta subrayarlo, Estado de derecho, y en consecuencia, la democracia constitucional implica la juridificación de la democracia, y por ello la necesidad de concebir jurídicamente a la propia soberanía» ... «el Estado constitucional se sustenta precisamente en la proclamación de que hay un soberano y que ese soberano es el pueblo. Soberano que se autolimita a través de la constitución. Autolimitación que no repugna a la teoría, es decir, que no encierra una contradicción insalvable siempre que, claro está, no desvirtuemos el carácter jurídico de esa teoría; esto es, siempre que no separemos Estado democrático y Estado de derecho. La autenticidad de la Constitución radica precisamente, en la asociación y no en la separación de ambas categorías; más aun, sin tal asociación no habría, en realidad, Derecho constitucional, sino mero derecho estatal», “*Constitución, democracia y control*”, *cit.*, p. 15.

de forma efectiva. Pero, además, abre la puerta a los gobiernos estatales a la concertación a nivel extraestatal de decisiones y políticas vinculantes que a nivel interno pudieran suponerles un determinado coste político-electoral o la obligación de cumplir con determinados procedimientos de garantía de carácter constitucional. Este desplazamiento induce a una crisis de las garantías constitucionales en la producción del derecho que se impondrá a los nacionales, en tanto que no existe un marco constitucional a nivel internacional que articule democracia y garantía de derechos.

Esta modificación de la normatividad constitucional puede denominarse con FERRAJOLI como “crisis de legalidad”, es decir, como crisis del valor vinculante asociado a las reglas constitucionales por los titulares de los poderes públicos⁴³. La deliberación político-jurídica en los organismos internacionales puede permitir a los gobiernos de los Estados vincular su sistema normativo a pactos producidos al margen de las garantías constitucionales de sus ordenamientos jurídicos mediante las cuales los ciudadanos encontraban, a través de su formalización y procedimentalización democrática, una garantía frente a posibles abusos de poder. Las posibilidades de regulación de los conflictos globales que ofrecen los organismos internacionales y el derecho internacional tiene como contrapartida la progresiva degradación de las reglas del juego institucional y de los límites y vínculos que las mismas imponen, a nivel interno, a los poderes públicos del Estado constitucional de Derecho⁴⁴.

⁴³ FERRAJOLI, L., “*Crisis de la Democracia en la Era de la Globalización*”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez: Derecho y Justicia en una sociedad global. UGR, Granada, 2005, p. 39 considera la existencia de una «crisis de la legalidad tanto ordinaria como constitucional» y la define como «la crisis del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos», en FERRAJOLI, L., “*Derechos y garantías. La ley del más débil*”, Trotta, Madrid, 2009, p. 15. En el mismo sentido ver PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, ver la teoría del Estado experimental dentro del concepto de Estado como movimiento social de última hora, p. 411.

⁴⁴ Con VERGOTTINI, G., debemos decir justo después de esta argumentación que a pesar de la crisis del Estado, en el discurso sobre la globalización, la mera observación de los acontecimientos de la economía y la política es una banalidad. La mera constatación del hecho de que en la realidad internacional se mueven algo más que los Estados y las organizaciones internacionales es insuficiente. Ciertamente se ha demostrado que existen intereses privados con capacidad de prescindir del marco jurídico tradicional impuesto por los pactos entre estados, poderes privados que interactúan con las herramientas del derecho público; pero de ahí a decir que «el Estado sea un concepto obsoleto es, en cambio, una opinión del todo arbitraria, o por lo menos superficial, ...que conceptos tradicionales de las herramientas del iuspublicista, como soberanía, territorio, jerarquía entre ordenamientos y fuentes, no deban ser considerados de forma tan determinante en los análisis de los fenómenos jurídicos, es algo muy discutible». VERGOTTINI, G., “*Garantía de la identidad de los ordenamientos ...*”, *Cit.*, p. 131.

4 CRISIS DEL SISTEMA DE FUENTES DEL ESTADO Y DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LOS PODERES PÚBLICOS

Desde un punto de vista estrictamente jurídico-constitucional, el desgaste de la soberanía del estado y la crisis de legalidad provocadas por el panorama global, se han manifestado en la alteración del sistema de fuentes del estado (1) y en las garantías que la ordenación constitucional de las fuentes del derecho ofrecía en salvaguarda de los derechos de los ciudadanos de los Estados frente a la actuación de los poderes públicos (2)⁴⁵.

4.1 CRISIS DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

El sistema de fuentes estatal se ha visto superado en dos formas. Por un lado, por su incapacidad para regular la actividad de actores extraños y determinadas materias que trascienden su ámbito aplicativo pero que, no obstante, influyen en la efectividad de las políticas y legislación interna⁴⁶. Los ámbitos de validez, tanto personal como territorial, de las tipologías normativas nacionales no abarcan a la totalidad de factores y sujetos que hoy pueden entrar en relación y conflicto con relevancia para los intereses del Estado, ya sea porque no se relacionan físicamente (Internet) o porque actúan al mismo tiempo en diferentes estados (multinacionales). Los instrumentos normativos internacionales vienen, de algún modo, a complementar a las normas nacionales en su efectividad, pero aquí encontramos una segunda carencia en el sistema de fuentes interno. El sistema de fuentes estatal se desborda, desde la perspectiva global, por la inexistencia de criterios eficaces de estructuración y relación de las

⁴⁵ Para MAESTRO BUELGA, G., *Globalización y Constitución débil*, Cit., «La globalización, en cuanto que desvinculación de la constitución material del Estado social, que resulta sustancialmente contradictoria, actúa transformando el contexto de referencia constitucional afectando al ordenamiento estatal. En primer lugar, el paradigma de la globalización se convierte en mecanismo corrector de la constitución escrita, esto es de la constitución formal del estado social. En segundo lugar trastoca el sistema de fuentes, trasladando al ámbito ordinario de normación, aquel disponible en la competencia política, la reordenación y la reconstrucción de los elementos definidores del sistema», p. 171.

⁴⁶ Así lo dispone por ejemplo el Consejo de Estado Español, respecto de la pertenencia de España a la UE y al Consejo de Europa, en el *“Informe sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español”*, de 14 de febrero de 2008, nº. E 1/2007: “Los cambios que ha experimentado el ordenamiento jurídico interno a lo largo de todo este proceso afectan, sin duda, a la función normativa del Estado, con la previsión de nuevos sujetos creadores de derecho y con nuevas funciones, en especial para la Administración, de participación en tal proceso;”

fuentes internas con la “multitud” de categorías normativas surgidas desde los diferentes organismos de cooperación gubernamental⁴⁷.

Comenzando por la segunda carencia, debemos señalar que la constitucionalización de criterios de relación entre fuentes, como los principios de “jerarquía” y “competencia”, tienen una enorme trascendencia en este análisis, puesto que, a nivel interno, no sólo tienen una dimensión conflictual – estableciendo criterios de solución de antinomias y conflictos entre normas internas –, sino que, en el lenguaje de la teoría de las fuentes del derecho, tales principios tienen también una dimensión estructural: las fuentes del derecho son la expresión de los diversos poderes sociales y políticos en un Estado, y por lo tanto los principios de su relación expresan una forma de ordenación y estructuración de los diferentes y plurales “poderes” públicos que actúan en el ámbito estatal⁴⁸. La carencia de un elenco claro de principios de resolución de conflictos y de estructuración entre fuentes nacionales y actos/instrumentos normativos extraestatales remarcan tanto la falta de conciencia constitucional del momento global, como la ausencia de una verdadera identificación del poder y el conflicto actual.

Respecto de la falta de efectividad de las fuentes nacionales para regular los nuevos ámbitos globales de las relaciones socio-económicas y, en consecuencia, la proliferación de nuevas categorías normativas internacionales, debemos volver a subrayar que el estado ha perdido su carácter de productor único del Derecho en la esfera tanto nacional como internacional, compartiendo este espacio con

⁴⁷ SORRENTINO, F., “*Le fonti del diritto amministrativo*”, en “*Tratatto di Diritto Amministrativo*”, SANTANNIELLO, G., (dir.), CEDAM, Pádua, 2004, p. 9. Sorrentino expresa que junto al Derecho europeo, la crisis del sistema de fuentes, que es reflejo de la crisis del estado (nación), se debe a la fragmentación y la distribución del poder público de acuerdo a un esquema y unas reglas, no sólo no previstas por las normas constitucionales, sino completamente extrañas a ellas, como es el caso de las administraciones internacionales... en la era actual de la globalización de los llamados “mercados”. A esta distribución corresponde no sólo una distinta articulación del sistema de fuentes, sino la creación de centros de producción normativa no previstos en el texto constitucional aunque eficaces y susceptibles de condicionar el comportamiento de sujetos públicos y privados. Especialmente, y para un análisis más concreto sobre la influencia de la globalización en el sistema de fuentes del Derecho me remito a PIZZORUSSO, A., “*Justicia, constitución y pluralismo*”, cit., especialmente pp. 57-87. Ver también GALGANO, F., “*La globalizzazione e le fonti del diritto*”, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2006, pp. 313 y ss.

⁴⁸ BALAGUER CALLEJÓN, F., “*En el XXV aniversario de la Constitución: de las fuentes del Derecho al ordenamiento jurídico y a las relaciones entre ordenamientos*”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 6, 2003, p. 212. «Hay que tener en cuenta que a través de las fuentes del derecho se manifiesta el poder social y político en las diversas instituciones con capacidad de producir normas».

organismos de cooperación estatal. En los últimos cincuenta años desde los organismos internacionales han proliferado categorías normativas de naturaleza dispar (dictámenes, informes del FMI, resoluciones del Consejo de seguridad de la ONU, directivas comunitarias, sentencias vinculantes y no vinculantes de tribunales internacionales...) cuyo régimen jurídico difiere de un estado a otro. Dentro de estas categorías normativas plantean un problema especial aquellas derivadas directamente de instituciones de carácter supranacional por órganos a los que se les concede un poder autónomo de decisión (como los reglamentos, decisiones y directivas comunitarias). Estas categorías normativas tienen una verdadera efectividad en las decisiones políticas de los estados, por lo que pueden influir en la eficacia de las normas nacionales provocando una quiebra en los principios de estructuración del sistema de fuentes nacional, y consecuentemente una alteración en el equilibrio de poder establecido constitucionalmente⁴⁹. En resumen, podemos decir que la quiebra del sistema de fuentes constitucional conlleva una desestructuración de los mecanismos de limitación y ordenación del poder en el Estado constitucional, y por tanto una minoración sensible de la vinculación de los poderes públicos a los límites constitucionales impuestos como garantía de los derechos de los ciudadanos

⁴⁹ Me remito de nuevo a PIZZORUSSO, A., para un brevísimo resumen sobre la aparición de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes como hitos jurídicos a través de los que se estableció desde mediados del siglo XX un primer equilibrio basado en el reconocimiento del pluralismo (desde los sujetos sometidos a derecho y desde el reconocimiento de poderes públicos plurales y descentralizados) y el reparto procedimental y competencial de poder, "*Justicia, constitución y pluralismo*", *cit.*, pp. 63 y ss. Por otro lado, respecto del establecimiento constitucional de las relaciones jurídicas entre fuentes nacionales y fuentes internacionales no podemos olvidar que ciertamente en algunos Estados como Francia su constitución deja muy claro el lugar que ocupan los Tratados internacionales frente a las disposiciones nacionales: un valor jerárquicamente superior. Sin embargo, no se especifica la relación entre las disposiciones normativas producidas de forma derivada o secundaria, es decir, aquellas normas producidas por las instituciones creadas en los tratados internacionales para gestionar las propias organizaciones internacionales. Obviamente este conflicto se entiende mucho mejor desde el punto de vista del Derecho derivado de las Instituciones europeas, y será estudiado a lo largo de esta tesis. Por último no podemos obviar la diferencia aun existente entre la comprensión monista y dualista de la introducción de normas de origen internacional en los ordenamientos nacionales. Ver también FERRAJOLI, L., "*Derechos y garantías...*" *cit.*, p. 16 y ss. Por otro lado debemos tener en cuenta que el Derecho internacional se realiza a través de pactos soberanos entre estados, a través de tratados que en los distintos estados adquieren una fuerza diversa, pero que en la mayoría de los casos superan jerárquicamente a la propia constitución. Observemos por ejemplo el artículo 95 CE? El caso de Francia, Irlanda, Suecia... Como ejemplo baste ojear los diarios europeos en los que observaremos la proliferación de decretos de los Gobiernos que a través de decisiones de carácter político o económico tienden a recortar los servicios sociales en sus Estados así como el gasto público influenciados por las decisiones de los organismos económicos internacionales como el FMI o el Banco Mundial, así como por los informes de empresas privadas de valoración de riesgos

frente a la actuación de los poderes públicos. La crisis del sistema de fuentes estatal en la regulación de la situación global provoca un profundo vacío en los procedimientos de garantías y limitación del poder de los poderes públicos. Las categorías normativas internacionales no se sujetan a los límites garantizados por las constituciones normativas nacionales y, por lo tanto, se ven liberados de las posibilidades de control institucionalizado en las constituciones rígidas a través de procedimientos jurisdiccionales, procedimientos que garantizan la limitación del poder normativo a nivel estatal⁵⁰. La ausencia de tales garantías ha tenido como consecuencia más notoria la vulneración de los derechos de los ciudadanos y, desde un punto de vista económico comparado, el crecimiento exponencial de la desigualdad en el mundo⁵¹.

4.2 CRISIS DE LAS GARANTÍAS DE DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

Ciertamente debemos destacar que son los ciudadanos los que en mayor medida sufren la “crisis” del Derecho producida por las debilidades de la ordenación constitucional de fuentes en relación con la globalización. No han sido los estados (poderes públicos estatales) los que han perdido poder, aun cuando su soberanía se ha visto modificada o compartida con otros órganos, sino que, en mayor medida, los perjudicados son los ciudadanos⁵². Si por un

⁵⁰ En el sistema de fuentes del derecho, con la aparición de la constitución normativa, ocurre una “formalización” de técnicas definitorias del régimen jurídico de las categorías normativas y de reglas relacionales: esta formalización responde en su última razón a la teoría constitucional, de modo que la teoría de fuentes se convierte así en un mecanismo de distribución del poder público (jerarquía, distribución material de la competencia, control de la competencia por el TC...). La ordenación constitucional de las fuentes del derecho es un límite al poder en cuanto que, la constitución, es fundamento y límite de la validez del poder legislativo al situarse en una posición suprema. Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., “Fuentes del Derecho”, cit., p.

⁵¹ DE SOUSA SANTOS, B., “Reinventar la democracia”, Sequitur, primera reimpresión, Madrid, 2009, p. 28. Resumido en un concepto propio de “fascismo societal”. J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, “Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa (De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales)”, Hegoa/OMAL, Bilbao, 2009. SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., “Derecho Europeo y Globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho constitucional”, ReDCE, nº..., 2010. Esencial en las consecuencias económicas de la globalización la obra colectiva dirigida por COLLIER, P., y DOLLAR, D., “Globalizzazione, crescita economica e povertà. Rapporto Della Banca Mondiale”, Bologna, 2003, especialmente en clave histórica, pp. 41 y ss.

⁵² De nuevo VERGOTTINI, G., “Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización”, Cit., p. 131: «no es fácil defender que siempre en el nivel superior se puedan afrontar de una forma más positiva los problemas que interesan al ciudadano y a la colectividad», este autor considera que la afirmación de la erosión del poder del Estado en un mundo globalizado se ha construido sobre la base de la erosión del sistema de fuentes estatal, sin embargo el mercado, que

lado, los límites impuestos por las constituciones normativas a la producción del derecho, se interrumpen en el ámbito internacional; por otro lado los ciudadanos pierden la posibilidad de participar o protegerse jurídicamente de los resultados internos de la aplicación de las políticas pactadas por la cooperación intergubernamental⁵³. Como consecuencia, los gobiernos estatales encuentran, a menudo, en las organizaciones internacionales espacios donde radicar acciones que a nivel interno estarían limitadas por controles jurídico-políticos y procedimientos de participación.

El ejemplo más notorio (aunque no válido para todo nuestro discurso) se observa en el régimen jurídico tradicional de los Tratados, la principal fuente del derecho internacional. Esta fuente de derecho internacional tiene un régimen jurídico propio que responde a la máxima del *pacta sunt servanda*, lo que limita las posibilidades de los ciudadanos de invocar intereses (legítimos a nivel interno) y derechos subjetivos frente a los gobiernos y las administraciones de sus estados de origen cuando estos, en aplicación de políticas pactadas mediante tratados en esferas externas al derecho nacional, los menoscaban.

Efectivamente, en la regulación de la normatividad de los tratados internacionales encontramos dos grandes desavenencias respecto a la ordenación constitucional de la producción normativa. Concretamente en lo relacionado precisamente con los instrumentos de garantía de los derechos de los ciudadanos (de carácter constitucional) frente a la actuación internacional de los poderes públicos del Estado.

En primer lugar, el régimen jurídico de los tratados, tal y como deriva de la Convención de Viena de 1969, establece respecto del derecho interno que “una

crea una nueva *lex mercatoria* sobre la fuerza del contrato, no tiene entidad soberana ni capacidad de coacción por lo que la fuga del mercado del ámbito estatal se observa en la formación de las reglas, pero el estado retoma su cuota de soberanía en el momento de la aplicación, cuando los entes privados y económicos necesitan hacer cumplir la *lex mercatoria* o el contrato. La Corte de Casación italiana, por ejemplo, reconoce la autonomía del ordenamiento mercantil, pero recuerda que “la falta de soberanía de la *societas mercantil* y la carencia de potestad coactiva de sus estructuras organizativas” hace que para el mercado permanezca la necesidad de “recurrir a la fuerza del *ius cogens* de los ordenamientos soberanos”. El error que tendencialmente se comete es considerar el nivel estatal como perdedor ante la configuración de un orden global, ya que ambos órdenes se consideran como dos alternativas excluyentes, cuando por el contrario deben ser tratadas como dos realidades complementarias.

⁵³ En este sentido es interesantísima la contribución de SCHILLACI, A., a la comprensión del valor de la citada Sentencia del TJ *Kadi*, haciendo hincapié en las garantías de los derechos de participación en el proceso decisorio y deliberativo del acto normativo por los poderes públicos en el ámbito internacional: “*Derechos fundamentales y procedimiento entre libertad y seguridad*”, ReDCE, n. 13, 2010, pp. 209 y ss.

parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado⁵⁴. Esta disposición implica que una vez celebrado un tratado internacional válidamente, sus disposiciones deberán ser respetadas y aplicadas por los Estados firmantes, y sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas de acuerdo con el propio tratado (art. 96 CE). De no ser así, frente a un incumplimiento de sus disposiciones, el estado incurrirá en responsabilidad internacional. En este sentido deberíamos pensar en la situación en la que un tratado, al ser aplicado, vulnera o contradiga frontalmente disposiciones de rango legal del estado (disposiciones que por ser ley tienen un contenido de expresión de la voluntad popular en el estado constitucional, o al menos la posibilidad de control o ratificación por el parlamento). Ante tal situación, y en el marco de la globalización y proliferación de los instrumentos normativos internacionales de tipo convencional, es fácil observar el creciente peligro al que están sometidos los límites constitucionales y las garantías que la constitución supone para la expresión legal, más aun cuando tales leyes desarrollan derechos de los ciudadanos de los estados. No en vano, existen mecanismos constitucionales propios por los que se establecen controles de constitucionalidad de los tratados internacionales previos a su ratificación (art. 95 CE) así como cartas y convenios internacionales de garantía de los derechos humanos (Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, Declaración de Derechos Humanos de la ONU cuyo valor en la interpretación del derecho interno e internacional se expresa en el artículo 10 de la CE) e instituciones jurisdiccionales de garantía de los derechos humanos a nivel internacional (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunales Penales Internacionales). Por ello, lo realmente relevante para nuestro análisis es que a nivel internacional no existen aun los procedimientos jurisdiccionales adecuados a los que los ciudadanos pueden acudir cuando los estados producen normas en este ámbito (a excepción del TEDH). La causa esencial es la situación jurídica que ocupan los sujetos individuales, personas físicas y jurídicas, en el ámbito internacional, es decir: el problema reside en que las personas privadas no son sujetos de Derecho internacional. Es bien conocido en la doctrina internacionalista que no basta

⁵⁴ Disposición 27 del Tratado firmado en la Convención de Viena, el 23 de mayo de 1969, por 103 Estados. Ello por supuesto sin perjuicio del artículo 46.1: “el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”. El apartado 46.2 indica: “una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

para ser considerado sujeto del orden internacional con ser beneficiario de un derecho o estar afectado por una obligación, sino que se requiere una aptitud para hacer valer el derecho ante instancias internacionales. Por ello, en el plano internacional, a pesar de que cada vez más en él se producen normas jurídicas y se ciernen el debate político sobre la regulación de las relaciones globales, el individuo no es reconocido como un sujeto de Derecho internacional general y encuentra continuamente limitada la posibilidad de hacer valer jurídicamente sus propios intereses⁵⁵.

En la esfera de la regulación socio-económica desde los organismos internacionales los ciudadanos carecen generalmente de las garantías concedidas por el Estado de derecho, así como de la tutela enraizada en el procedimiento ante las instancias jurisdiccionales, por lo que se encuentran a la merced de la buena voluntad de sus gobiernos cuando producen Derecho a nivel internacional y lo aplican a nivel nacional⁵⁶.

4.3 UNA PRIMERA CONCLUSIÓN: LOS PERJUDICADOS POR LA DEBILIDAD DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO GLOBAL SON LOS CIUDADANOS

En definitiva, nos encontramos ante una crisis del Estado democrático de Derecho. La globalización, ha supuesto la mundialización de las relaciones socio-económicas. Estas relaciones han transformado la estructura jurídica de los Estados, provocando una limitación de los espacios propios de su soberanía. Ahora los Estados se ven equiparados a nuevas fuerzas económicas que actúan a escala mundial. Frente a la insuficiencia del poder regulador del Estado, los gobiernos han acudido a la cooperación internacional, en el seno de numerosas organizaciones internacionales, para coordinar políticas que hagan efectiva su autoridad frente a las nuevas fuerzas de influencia y los nuevos conflictos globales. Estas políticas se pactan a través de procedimientos internacionales y producen actos normativos. El problema se encuentra en que en el ámbito internacional, los gobiernos actúan al margen (o por encima) de los procedimientos

⁵⁵ Ver DÍAZ DE VELASCO, M., *"Instituciones de Derecho Internacional Público"*, decimotercera edición, Tecnos, Madrid, 2002, p., 250-251. También ARANGIO RUIZ, G., *"L'individuo e il diritto internazionale"*, RIV, Vol, LIV, n. 4, 1971, pp. 561-608.

⁵⁶ Más aun, ni siquiera los Estados pueden en todas las ocasiones respaldar sus relaciones a escala internacional con las garantías y procedimientos jurisdiccionales adecuados que permitan la solución de conflictos o la reparación de los daños causados por un Estado a otro. Siguiendo a Sabino CASSESE: «la persistente inmadurez del *diritto internazionale* si spiegherebbe -secondo un punto di vista- con il fallimento delle organizzazioni internazionali nel garantire il rispetto della *rule of law*», CASSESE, S., *"Il Diritto Globale"*, Einaudi, Turín, 2009, p. 31.

democráticos constitucionales, por lo que los pactos internacionales carecen de la legitimidad democrática que sí exhiben las normas nacionales (si representan a algo es a las mayorías políticas parlamentarias expresadas en la figura de sus gobiernos o jefes de Estado). Además, los nacionales de los Estados a menudo se ven desprovistos de los límites y controles que sus constituciones imponen a los órganos de producción del derecho, por lo que se sucede una merma potencial en las garantías de sus derechos. Es decir si, como dijimos al inicio, toda ordenación constitucional de una sociedad debe tender a la limitación y al control del poder en garantía de los derechos de los ciudadanos, es obvio que en la sociedad internacional no existe una organización constitucional, y que, por causa de la creciente mundialización de los conflictos socioeconómicos, los límites y controles constitucionales internos sufren un desgaste proporcional al desplazamiento de los lugares de toma de decisiones jurídico políticas. Este desgaste se traduce en la quiebra del principio democrático y del principio del estado de derecho que en último lugar afecta a los ciudadanos y a su posición frente a los poderes públicos de sus naciones. Y es que, ciertamente, «la legitimidad del Estado constitucional no tolera sujetos *al* Derecho que no sean, a un tiempo, sujetos activos de su producción, sujetos *del* Derecho»⁵⁷.

Aunque la crisis económica y financiera global a la que nos enfrentamos actualmente podría traducirse en el fracaso de los Estados soberanos frente a los poderes económicos globales (llamados mercados internacionales), lo cierto es que los Estados poseen a través de los organismos internacionales y la cooperación intergubernamental herramientas suficientes para regular, de manera conjunta, las relaciones económico-sociales a escala global. Sin embargo, como ya he afirmado, en el ámbito internacional los gobiernos han encontrado una salida a los límites y controles constitucionales internos, más que un instrumento de resolución del conflicto global (y me refiero a la lucha contra la exclusión, el hambre, las guerras de trasfondo mercantil o las carencias de libertad y democracia, provocadas en muchas ocasiones por el influjo de los poderes económicos privados). Por ello, creo poder afirmar que, si la nueva realidad histórica actual puede resumirse en el concepto de la “globalización”, – como terreno sobre el que debe actuar la ciencia constitucional –, el nuevo conflicto

⁵⁷ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Dignidad de la persona y derechos fundamentales”, Marcial Pons, Madrid, 2005. p. 125. Especialmente me remito a la introducción del mismo autor en DENNINGER, E. y GRIMM, D., “Derecho constitucional para la sociedad multicultural”, Trotta, Madrid, 2007, pp. 20-25, en la que inserta esta idea en las soluciones propuestas por Denninger frente al multiculturalismo y la crisis del estado constitucional a través de una adecuada procedimentalización de las formas de toma de decisiones comunes o acordadas.

social objeto de análisis de la teoría constitucional no es, sin embargo, la lucha de poder entre estados nacionales y poderes económicos. Creo sinceramente que el conflicto actual al que debe enfrentarse el Derecho constitucional es el escalón existente entre el ámbito internacional y los ciudadanos, la constitucionalización de las relaciones internacionales como expansión cuantitativa y cualitativa del principio democrático. Podemos expresarlo con otras palabras, el Derecho constitucional debe volver a implantar los límites y controles adecuados del poder público (de los propios Estados aun cuando actúan en las instituciones internacionales) en garantía de los derechos de sus nacionales. FERRAJOLI expresa muy gráficamente esta situación: mientras que en el interior de las naciones se ha implantado un Estado de derecho (límites y controles que vinculan a los poderes públicos y a los ciudadanos al Derecho) en el exterior el estado continúa siendo absoluto⁵⁸. Este es el conflicto de cuya resolución dependerá el éxito de las nuevas experiencias jurídicas globales, y sobre el que se basan las posibilidades de reconstrucción constitucional a nivel continental, regional o universal. Parafraseando a DE VEGA debe señalarse que por lo general se ha tendido a pensar que puesto que la globalización económica y social es algo irreversible, la única respuesta coherente en el plano político, jurídico y moral a esa situación de hecho no puede ser otra que la de apelar, reviviendo la utopía kantiana de un *foedus pacificum* y de un derecho cosmopolita, a unas formas de organización universales⁵⁹. La Unión Europea, es hasta la fecha el intento más fehaciente de construir un cierto orden global a escala regional, pero no deja de plantear sus problemas.

5 LA UNIÓN EUROPEA COMO PROBLEMA Y SOLUCIÓN

Desde una visión estrecha y simplista, la Unión Europea no es sino una más de las organizaciones internacionales con las que los Estados miembros han tratado de gobernar y regular los conflictos políticos, sociales y sobre todo

⁵⁸ Con FERRAJOLI destacamos que a nivel internacional el Estado recupera el poder absolutista de antaño bajo la carencia de una Comunidad Internacional de Derecho: «Estado de derecho interior y absoluto exterior crecen conjuntamente como las dos caras de la misma medalla. Cuanto más se limita, y a través de esos límites se autolegitima, la soberanía interna tanto más se absolutiza y se legitima frente a los demás Estados y, en especial, frente al mundo de los “bárbaros”, la soberanía externa. Cuanto más se aleja en el interior el estado de naturaleza, más se reproduce y multiplica en el exterior. Y cuanto más se juridifica el Estado como ordenamiento, más se consolida como entidad autosuficiente, identificándose con el Derecho, pero a la vez convirtiéndose en una entidad autónoma y *legibus soluta*». FERRAJOLI, L., “Derechos y garantías. La ley del más débil”, cit., p. 142.

⁵⁹ DE VEGA GARCÍA, P., “Mundialización y Derecho constitucional: La crisis del Principio democrático en el constitucionalismo actual”, Revista de Estudios políticos, n. 100, 1998, p. 17.

económicos causados por la globalización. Un organismo de concertación de voluntades estatales. Y, en este sentido, los Tratados europeos y las normativas derivadas de sus instituciones suponen para los ordenamientos constitucionales de los Estados y para sus ciudadanos los mismos riesgos que hemos comentado. Estos inconvenientes, desde una vertiente constitucional, se agravan si tenemos en cuenta que los Estados miembros han cedido a las Instituciones europeas verdaderos ámbitos soberanos de competencia y decisión, y que estas se han incrementado conforme avanza el proceso de integración, y muy particularmente desde la firma y ratificación del Tratado de Maastricht (1992), con el que comenzó la andadura de la Unión política que permitió avanzar en la cesión de competencias de carácter político y social⁶⁰.

La cesión de soberanía por parte de los Estados a la Unión supone, en primer término, la inserción en el espacio normativo estatal de disposiciones normativas vinculantes. Estas normas de origen europeo son producidas directamente por las Instituciones europeas mediante procedimientos de producción normativa muy complejos en los que siempre se ha dado un peso extraordinario al Consejo (formado por los gobiernos de los Estados miembros), frente a instituciones representativas de la ciudadanía como el Parlamento. Ello ha conducido a la doctrina europea a advertir de una crisis de constitucionalidad derivada de la inobservancia de procedimientos de producción suficientemente democráticos, además de a una merma en las garantías jurídicas de sus ciudadanos frente a los actos de las Instituciones y de los poderes públicos nacionales cuando aplican de

⁶⁰ Efectivamente con motivo de la ratificación del Tratado de Maastricht los Estados iniciaron el camino de las modificaciones de los textos constitucionales propios introduciendo el debate jurisprudencial y doctrinal de la constitucionalización de los “contralímites” o límites a la integración en salvaguarda de determinadas competencias soberanas o espacios no transferibles de constitucionalidad. Con MUÑOZ MACHADO podemos establecer tres tipos de actitudes de los Estados ante la ratificación del Tratado de Maastricht. Los Estados que no consideraron la necesidad de reformar sus constituciones, considerando que las cláusulas constitucionales que dan cobertura a la transferencia de competencias daban cobertura suficiente a las regulaciones que el aludido Tratado contenía (Bélgica, Inglaterra y los Países Bajos). España se encuentra en el segundo grupo, en los que la reforma se ciñó a un precepto concreto de la Constitución (13.2 CE), también Luxemburgo. En tercer lugar, destacan los Estados que entendieron que el gran paso en la integración política supuesto por el Tratado de Maastricht alteraba principios constitucionales básicos, como Alemania (artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn) e Italia (con una posterior reforma del artículo 117 CI), cuyas cláusulas de intangibilidad dieron lugar a la inclusión de cláusulas Europeas como el artículo 23 de la Constitución alemana o el artículo 88 de la Constitución Francesa. Ver, MUÑOZ MACHADO, S., “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Tomo I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho, Civitas-Aranzadi, 2004.

forma directa y obligatoria este derecho vinculante⁶¹. La Unión Europea, en suma, ha alimentado la idea de la desnORMATIVIZACIÓN de las estructuras constitucionales de los Estados Miembros (EE.MM) provocada por la globalización jurídica, al introducir en el ámbito jurídico estatal normas cuya producción se desarrolla al margen del principio democrático tal y como ha sido configurado en la teoría constitucional estatal⁶², y cuya aplicación es un imperativo para los poderes públicos nacionales según el segundo párrafo del artículo 4.3 del TUE: «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión».

En consecuencia, todos los inconvenientes que el gobierno internacional de la globalización supone para los sistemas constitucionales de los Estados son trasladables, *a priori*, a la Unión Europea desde el momento en que las primitivas Comunidades europeas se conformaron bajo el prisma del Derecho internacional, como organizaciones internacionales y mediante el procedimiento convencional del Derecho internacional. E incluso se agravan, puesto que existe una verdadera cesión de competencias soberanas y en cuanto que, en virtud de un planteamiento monista impuesto por el TJ, tanto las disposiciones de los Tratados como el derecho derivado de las Instituciones comunitarias se integran y aplican directamente. El problema surge en tanto que el Derecho europeo, al igual que el Derecho internacional que trata de regular los conflictos globales, se conforma a través de procedimientos de decisión que no ostentan el mismo grado

⁶¹ Siguiendo a Christian JOERGES el derecho europeo es conceptualizable como “un sistema multinivel sui generis que tiene que organizar su acción política en interconexión”, esta interconexión se materializa a través del “establecimiento de redes de comunicación” político jurídica entre varios actores (los Estados), es decir, con la creación de “poderes fácticos” con capacidad de crear actos normativos vinculantes para todos los actores. Como hemos expuesto la vinculación de tales actos normativos debe acompañarse de las garantías constitucionales adecuadas, o corre el riesgo de “desconstitucionalizar” los ordenamientos jurídicos nacionales. JOERGES, C., y NEYER, J., “*Deliberative supranationalism*”, EUI Working Papers, n. 2006/20, European University Institute.

⁶² Como particularmente ha reafirmado la Sentencia del TCFA de 30 de junio de 2009 (2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09) sobre el planteamiento de un *Organstreit* y el recurso de inconstitucionalidad promovidos por los grupos parlamentarios del Bundestag La Izquierda (die Linke) y la Unión Socialcristiana de Baviera (CSU). Básicamente la Sentencia establece que aunque la *Ley por la que se aprueba el Tratado de Lisboa* es perfectamente compatible con la Ley Fundamental, la *Ley por la que se aumenta y se reforman los derechos de participación del Bundestag y del Bundesrat en materia comunitaria* - que vendría a ser la ley complementaria - la infringe por no prever suficientes derechos de participación ya sea en los procesos legislativos como en los procesos de reforma de los tratados. En este sentido ver HÄBERLE, P., “*La regresiva ‘Sentencia Lisboa’ como ‘Maastricht II’ anquilosada*”, ReDCE, n. 12, 2009.

de legitimidad democrática que sí poseen las normas nacionales, al mantener cierto carácter intergubernamental⁶³. Desde esta perspectiva la integración europea no parece sino agravar las posibles quiebras de las estructuras de los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho.

No obstante, y aquí se encuentra la clave de esta investigación, la experiencia de integración europea es una paradoja en sí misma, puesto que si bien la doctrina y la jurisprudencia constitucional han señalado (y aun señalan) las debilidades constitucionales del ordenamiento europeo, la Unión Europea y su ordenamiento muestran la solución efectiva al problema de la globalización y a la pérdida de calidad constitucional de los derechos nacionales. Como expone HESSE «cuanto más pierde el Estado su carácter de gobierno introvertido y autosuficiente, más está llamado a incorporarse a Europa – es decir, con la Unión Europea – y a desarrollarse conjuntamente con el resto de los Estados, que se sienten unidos no solamente por las exigencias de la economía (mundial) y la tarea de la procura de la paz, sino también por la cultura europea y los principios constitucionales comunes»⁶⁴. Creo sinceramente que en la configuración jurídica de la Unión Europea, al tiempo que se convulsionan las estructuras constitucionales de los Estados, se encuentra la solución al problema de la globalización y el derecho, y ello porque la UE desarrolla una función de límite de los Estados miembros no diversa de aquella desarrollada por el derecho y la democracia frente a los Estados absolutos (CASSESE)⁶⁵. La UE se está constitucionalizando en toda la extensión de este término.

Lo determinante de esta bondadosa afirmación vuelve a ser la cuestión de la atribución de competencias soberanas desde los Estados a las Instituciones de la Unión. La clave de su naturaleza “supranacional”. La atribución competencial de los Estados a la Unión conlleva la particularidad de la naturaleza de su ordenamiento jurídico. El TJ ha remarcado a través de la famosa sentencia *Van Gend en Loos* que el derecho europeo conforma un ordenamiento “autónomo”, esto

⁶³ Hasta el Tratado de Lisboa no ha entrado en vigor la reforma que promueve la generalización del procedimiento normativo de codecisión, en el que Consejo y Parlamento Europeo se sitúan de igual a igual. No obstante, aun quedan importantes competencias comunitarias en el ámbito de la decisión y el procedimiento deliberativo de monopolio intergubernamental.

⁶⁴ HESSE, K., *“Estudios en la historia de la jurisprudencia constitucional alemana”*, Teoría y Realidad Constitucional, n.1, 1998, p. 119.

⁶⁵ En italiano «L'Unione Europea svolge una funzione di limite degli Stati non diversa da quella che il diritto e la democrazia esplicano nei confronti degli Stati». Me remito a CASSESE, S., *“Democrazia e Unione Europea”*, Lección magistral de 27 de marzo de 2001 en la Universidad de Macerata, con motivo de la concesión del título de “doctor honoris causa”.

es, diverso del derecho de los Estados y diverso del derecho internacional⁶⁶. En consecuencia la Unión Europea no es un organismo internacional de cooperación, sino un ente supranacional de integración que ha adquirido una naturaleza y estructura híbrida a caballo entre los organismos internacionales de Derecho internacional y un ente supranacional, con connotaciones jurídicas propias de los Estados federalizados⁶⁷. Si la atribución de competencias de producción

⁶⁶ Con CHALMERS, D., HADJIEEMMANUIL, C., MONTI, G., y TOMKINS, A., decimos que «The European Union is not like other International organisations. This is true as a matter of political reality but, more importantly for our purposes, it is also true as a matter of law. What makes the EU different politically is the extent of its involvement in and influence over governance and regulation within nation-states» en *“European Union Law”*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 45.

⁶⁷ La Unión Europea es “una asociación de estados fundada por los Estados Miembros para realizar parte de sus funciones en común y, en consecuencia, ejercer conjuntamente su soberanía” a través de unas Instituciones comunes KIRCHHOFF, P., *“The balance of Powers between national and European institutions”*, ELJ, vol. 5, n.3, 1999, p.226. Junto al desarrollo de la Unión Europea bajo los parámetros propios del Derecho Internacional (nacida bajo las prescripciones de los Tratados internacionales a través de la ratificación por los procedimientos previstos en los ordenamientos nacionales) se ha desarrollado la perspectiva constitucional. La unión ha sido progresivamente percibida por la doctrina bajo el perfil constitucional en el sentido en que las instituciones de las que se compone se han valorado de la misma forma en que se valoran las instituciones políticas estatales. PADUA SCHIOPPA, A., *“Note su ordine giuridico europeo e identità europea in prospettiva storico-costituzionale”*, Quaderni Fiorentini, 31, 2002, pp. 61- 75. También en este sentido AVBELJ, M., y KOMÁREK, J., *“Four visions of constitutional pluralismo – symposium Transcript”*, European Journal of legal Studies, 2, n. 1, 2008, pp. 325-369. La cuestión sobre las posibilidades de configuración de la UE desde un prisma estatal federal es quizás uno de los temas más recurrentes en derecho público actual. A favor y en contra, y por supuesto sin intención de exhaustividad exponemos algún ejemplo. Para WHAL, R. La integración puede comprenderse como un *minus* frente a la unificación, si lo que se espera es alcanzar en el futuro una unidad política, lo cual, según el autor no es de esperar. Por otro lado, puede entenderse como un *aliud*, es decir como una alternativa a la unificación política, se espera que la comunidad de integración encuentre un lugar en el ancho espectro de las relaciones interestatales. Este espectro es muy amplio y lo que realmente interesa de los acontecimientos. Para el autor la comunidad de integración sería entonces un “concepto autónomo”, no la denominación de una forma previa al Estado, p. 112. Ello se basa en el argumento según el cual la federación y los estados miembros poseen, cada uno, una estructura jurídico-política propia. No es estado, no es federación (aunque el autor cree que se enmarca dentro del amplio espectro de la federación), los ejemplos actuales de federaciones son muy distintas entre sí, son en gran medida individualidades histórico-políticas: los órdenes federales son descritos precisamente mediante la naturaleza procesal de los desarrollos de las estructuras y de las delimitaciones entre federación y estados miembros). Por ello concluye que debe renunciarse prudentemente a calificar a la UE con conceptos relacionados con el Estado. Por eso debemos abandonar el concepto de soberanía: los estados son soberanos y los dueños de los tratados y de otro lado la UE ha cortado el cordón umbilical con los Estados p. 116 Los Tratados son impulsados por los Estados, no obstante sería erróneo comprenderlos sólo como los primeros impulsores que después de cada celebración de un tratado se retiran y dejan su obra bajo la única responsabilidad de las instituciones y los órganos y por tanto conceden a la nueva unidad autonomía e

normativa a las Instituciones europeas, puede suponer un menoscabo para las democracias constitucionales, la solución se ha encontrado precisamente en el “supranacionalismo” del derecho europeo⁶⁸, y consecuentemente en su dinámico desarrollo hacia la configuración de un derecho supranacional constitucionalizado que, al tiempo que regula las relaciones económico-sociales de carácter global, impone límites a la actividad interna y externa de los Estados y garantiza los derechos fundamentales⁶⁹. Si la actuación de los gobiernos nacionales a nivel

independencia. WHAL, R., “¿Cabe explicar la Unión Europea desde conceptos propios de teoría del estado?”, *cit.* Desde una perspectiva absolutamente contraria a WHAL destacamos a PADOA SCHIOPPA, A., “*Note su ordine giuridico europeo e identità europea in prospettiva storico-costituzionale*”, *Quaderni Fiorentini*, n. 31, 2002, quien considera que desde un punto de vista jurídico histórico existe una verdadera identidad europea por parte de los Estados miembros aunque no obstante este argumento no deba ser tenido en cuenta para denominar a la federación: « non consta che in passato il proceso de formazione di nuovi stati abbia di norma comportato la preventiva o concomitante ricerca de un criterio di identità» p. 61. Ver también para un análisis genérico GUEVARA PALACIOS, A., “*Algunos planteamientos sobre el federalismo y la Unión Europea*”, *Cuestiones Constitucionales*, n. 13, 2005, pp. 95 y ss. Conclusivo y siempre a favor citamos a WEILER, J.H.H “*Federalism without a Constitution: the principle of Constitutional Tolerance*”, en NIKOLAIDIS, K., y HOWSE, R., (eds.) “*The Federal Vision: Legitimacy and levels of Governance in the US and the EU*”, Oxford University Press, Oxford, 2001. pp. 72 y ss. Esencial sobre Europa como una estructura federal particular HÄBERLE, P., “*Comparación constitucional y cultural de los modelos federales*”, *ReDCE*, n.3, 2005. K Lenaerts, “*Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*”, *AJCL*, n. 38, 1990, espec. pp. 205 y ss. Concluyente en este aspecto, sobre la base del proceso de redacción y ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el trabajo de WEATHERILL, S.. “*Is constitutional finality feasible or desirable? On the cases for European constitutionalism and European Constitution*”, *ConWebpapers on Constitutionalism and Governance beyond the State*, n° 7, 2002, consultable en www.bath.ac.uk/esml/conWEB, última consulta en septiembre de 2009.

⁶⁸ Sobre el concepto de supranacionalidad, la obra clásica de WEILER, J.H.H., “*Il sistema comunitario europeo*”, Il Mulino, Bolonia, 1985, p. 41 ss. Para el autor hablar de supranacionalismo en un sentido literal de “sobre y bajo el estado nacional” nos da una noción del sistema europeo demasiado anticuada y general, por el contrario, el sistema europeo se compone de piezas y trozos de la soberanía estatal. Siguiendo una concepción del modelo federal, la Unión presenta una tensión entre “el todo y las partes”, las Instituciones de la Unión y los Estados. Con DÍEZ PICAZO decimos que la UE es un ente supranacional en un doble sentido: en sentido normativo, porque muchas de sus normas vinculan directamente a las autoridades nacionales y a los particulares; y en un sentido decisonal, porque la aprobación de dichas normas no está necesariamente sometida a la regla de la unanimidad - la tendencia ha venido siendo la de reducir progresivamente las materias en que se exige la decisión unánime - y porque en el procedimiento participan actores distintos de los representantes de los Gobiernos. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. M. “*La naturaleza de la Unión Europea*”, *InDret*, n. 4, 2008, consulta en www.Indret.com

⁶⁹ La Unión Europea, desde la firma de sus primeros Tratados, no ha sido sino una organización de estados que ha tratado de gobernar la globalización económica. Este intento de control sobre el mercado del capital se ha enraizado en la propia historia política europea, caracterizada por el intento

internacional (en el marco de los múltiples organismos internacionales) goza generalmente de la desvinculación a los límites constitucionales de producción jurídica, la cesión de competencias soberanas a un ente supranacional supone, precisamente, la recomposición de nuevos límites para los poderes públicos cuando ejercen su poder fuera del ámbito estatal. Y para ello esta recomposición debe partir de una correcta estructuración de las fuentes de uno y otro ordenamiento de manera coherente, primando a aquellas que expresen un mayor componente democrático y plural, y sobre todo, siempre que los ciudadanos tengan a su alcance los procedimientos adecuados para garantizar e invocar sus derechos frente a los poderes públicos tanto nacionales como europeos. Es decir, siempre y cuando se establezcan las condiciones constitucionales adecuadas del ejercicio del poder. Condiciones cuya máxima expresión se encuentra ya positivizada, a través del artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE), en el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que expresa que “la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho⁷⁰.”

6 PRIMACÍA Y EFICACIA DIRECTA EN LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UE

Los principios de democracia y Estado de Derecho son la esencia de los ordenamientos constitucionales actuales. La ordenación constitucional del

de control a través de la expresión del debate político de los procesos económicos y sociales, y es propia, por supuesto, desde el punto de vista de la moderna creación de un sistema de partidos fundada sobre la lucha de clases. En este sentido HABERMAS, J y DERRIDA, J., exponen que «The Spreads of the ideals of the French revolution throughout Europe explains, among other things, why politics in both forms – as organizing power and as a medium for the institutionalization of political liberty – has been welcomed in Europe. By contrast, the triumph of capitalism was bound up with sharp class conflicts, and this fact has hindered an equally positive appraisal of free markets. That differing evaluation of politics and markets may explain European’s trust in the civilizing power of the state, and their expectations for it correct market failures. » “February 15, or, what binds Europeans together: plea for a Common Foreign Policy Beginning in Core Europe”, en LEVY, D., “Old Europe, New Europe, Core Europe: Transatlantic Relations after the Iraq War”, Verso, Londres, 2005, pp. 10-12. Para un análisis sobre las diversas visiones del supranacionalismo versus soberanía me remito al resumen extraordinario de ARCAS LEAL, R., “Theories of supranationalism in the EU”, Harvard Law School, Bepress legal series, paper 1790, 20067, consultable en <http://law.bepress.com/expresso/eps/1790>: “Thus, the concept of a transfer of sovereignty may be the legal-analytical counterpart of the political-descriptive notion of supranationalism”.

⁷⁰ La cursiva es propia, y remarca los dos elementos esenciales de toda ordenación constitucional del derecho.

poder público de los Estados modernos se ha erigido sobre ambos principios. Si decimos que en la naturaleza supranacional de la UE podemos encontrar el germen de la constitucionalización de espacios más amplios que el Estado, si podemos encontrar un ejemplo de proceso de constitucionalización de un ordenamiento supranacional, debemos contrastar tal afirmación mediante el análisis del desarrollo del principio democrático y el Estado de derecho en el ordenamiento europeo⁷¹.

La originalidad del proceso europeo se encuentra en su transformación paulatina en un ordenamiento supranacional. Partiendo de una Comunidad económica, la interpretación de los Tratados por el TJ ha derivado en la configuración de una “Comunidad de derecho”⁷². La clave se encuentra en que las primitivas libertades económicas de circulación de mercancías, trabajadores, servicios y capitales positivizadas en los Tratados se transfiguraron como auténticas “libertades fundamentales” de los ciudadanos de los Estados miembros. Este cambio se realizó a través de dos de las sentencias más trascendentales de la historia jurídica del siglo XX en Europa: la sentencia *Van Gend en Loss* de 1962 y *Costa c. Enel* de 1963⁷³. Con la primera se determinaba la

⁷¹ Para un análisis exhaustivo de los conceptos de Teoría constitucional en los entes de carácter supranacional me remito a BUSTOS GILBERT, R., “*La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*”, IVAP, Bilbao, 2005.

⁷² El inicio de las Comunidades europeas fue, en este sentido, marcadamente original: el uso de la técnica de la integración del mercado como el modo de alcanzar ulteriores objetivos políticos y sociales, ver en este sentido JACOBS, F. G., “*The evolution of the european legal order*”, CMLR, n. 41, 2004, p. 304. Con Miguel POIARES MADURO, podemos decir que la UE ha adquirido, a través de la cesión de competencias soberanas a las Instituciones, muchas de las tradicionales funciones de gobierno y, respecto de aquellas aun retenidas por los Estados, ejerce un creciente papel de supervisión, limitando los poderes de autogobierno de los Estados. Cfr. POIARES MADURO, M., “*The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism*”, *International Journal of Constitutional Law*, n.3, 2005, pp. 2-3. En este sentido, aunque con fuertes connotaciones de ciencia económica, ver AMIRANTE, C., “*European Governance e Costituzione europea: fra revisiones tacita e ‘anestesia’ dei sistemi costituzionali degli Stati membri*”, en GAMBINO, S., y D’IGNAZIO, G., “*La revisions costituzionale e i suoi limiti. Tra teoria costituzionale, diritto interno ed sperienze straniere*”, Giappichelli, Milán, 2007, pp. 107 y ss.

⁷³ El reconocimiento de las libertades fundamentales como derechos fundamentales se condensa en la comprensión de tres elementos: el primero de ellos es el principio de eficacia directa. La evolución de esta visión ha llegado a su culmen a través del reconocimiento y la positivización en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea introducida en el TUE a través del artículo 6.1, en cuyo título V se introducen los derechos de Libertad de circulación y de residencia, derechos derivados de la Libertad Fundamental de Circulación de Trabajadores. En un sentido casi idéntico en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se enuncia en los artículos 20.2 y 21.1 los derechos de libertad de circulación y residencia. Fue el TJ el que afirmó que las libertades de circulación y de

eficacia directa del derecho comunitario, y con la segunda la primacía de este sobre el derecho nacional de cualquier rango⁷⁴. Ambos principios se condensan en la posibilidad y el derecho de los ciudadanos de los Estados miembros de invocar pretensiones subjetivas fundadas en derecho europeo ante el juez nacional, y la obligación de este de darles satisfacción incluso frente a actos o normas estatales. Es decir, el TJ deduce que allí donde los Estados miembros limitan su soberanía a través de prohibiciones y obligaciones ratificadas en los Tratados, estos se entienden limitados en su poder normativo y ejecutivo frente a los ciudadanos. Dicho de otro modo, los poderes públicos nacionales se encuentran obligados a implementar el derecho europeo, y cuando no lo hacen pueden ser forzados por los ciudadanos. Si de la normativa europea se desprende un derecho para los particulares, entonces el ciudadano tiene la posibilidad de hacer valer su derecho frente a la actuación de cualquier Estado de la Unión. El TJ entiende que la obligación de aplicar el derecho comunitario supone, en ocasiones, el derecho de los particulares a exigirlo ante los jueces en defensa de sus prerrogativas⁷⁵, y por tanto, del derecho europeo se desprenden derechos para los ciudadanos que se “incorporan directamente en su patrimonio jurídico” y que pueden hacerse valer por estos ante la jurisdicción nacional frente a violaciones por parte de los poderes públicos⁷⁶.

servicios deben ser interpretadas como libertades fundamentales en las Sentencias *Reyners*, de 21 de junio de 1974, C-2/74; y *Walrave*, de 12 de diciembre de 1974, C-36/74.

⁷⁴ La naturaleza de la eficacia directa, como veremos más adelante, oscila entre su definición como la concesión de derechos a los particulares por el ordenamiento europeo que los jueces nacionales deben garantizar, y su definición como la posibilidad de invocar las normas de derecho europeo bajo la obligación de los jueces nacionales de aplicarla. Es como dice DE WITTE, B., “an obligation to apply”. “Direct effect is the obligation of a Court or another authority to apply the relevant provision of Community law”. DE WITTE, B., “Direct effect, Supremacy and the nature of the legal order”, en CRAIG, P., y DE BURCA, G., “The evolution of EC Law”, OUP, Oxford, 1999, pp. 184-188.

⁷⁵ Los considerandos 8 y 9 de la Sentencia expresan que “el Derecho comunitario... al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que incorporan a su patrimonio jurídico; que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros ya las instituciones comunitarias”.

⁷⁶ La naturaleza de la eficacia directa, como veremos más adelante, oscila entre su definición como la concesión de derechos a los particulares por el ordenamiento europeo que los jueces nacionales deben garantizar, y su definición como la posibilidad de invocar las normas de derecho europeo bajo la obligación de los jueces nacionales de aplicarla. Es como dice DE WITTE, B., “an obligation to apply”. “Direct effect is the obligation of a Court or another authority to apply the relevant provision of Community law”. DE WITTE, B., “Direct effect, Supremacy and the nature of the legal order”, en CRAIG, P., y DE BURCA, G., “The evolution of EC Law”, OUP, Oxford, 1999, pp. 184-188.

La trascendencia de ambas sentencias las situó como fundamento del proceso de constitucionalización dinámica y flexible de la Unión Europea como entidad regional. Por un lado en ambas sentencias pueden encontrarse los elementos para colmar las carencias constitucionales del orden mundial (regional) actual que he apuntado anteriormente. Las herramientas para la garantía de los derechos de los ciudadanos frente al Estado cuando actúa a un nivel extraestatal, y las posibilidades de ordenar la relación de las fuentes estatales en interacción con fuentes europeas. Por ello, y por otro lado, la doctrina jurídica europea ha remarcado en muchas ocasiones la constitucionalización del ordenamiento europeo a través de los principios fundacionales de “primacía” y “eficacia directa”⁷⁷. Ambos principios han encarnado las posibilidades científicas de reconstrucción del Derecho europeo desde las ideas de la “unidad del sistema normativo” y “la garantía de los derechos sustantivos”, concedidos por el ordenamiento europeo a los ciudadanos, como herramientas tradicionales de estructuración y limitación del poder público europeo⁷⁸. Esta “constitucionalización” ha permitido a la

⁷⁷ Como ha expresado NETTESHEIM, «el derecho de la Unión adquiere significación constitucional no sólo porque pretende la primacía frente al Derecho nacional ordinario, sino, ante todo, por pretendela frente al Derecho nacional constitucional», NETTESHEIM, M., “*El significado constitucional de la primacía del derecho*”, Revista Española de Derecho Europeo, n.6, 2003, p. 280. Sobre la actitud “constitucionalizante” del Tribunal de Justicia en su jurisprudencia sobre primacía, derechos fundamentales, poderes implícitos y efecto directo, con autoridad me remito a MANCINI, G. F., “*The Making of a Constitution for Europe*”, Common Market Law Review, vol. 26, n.4, 1989, p. 596 y ss. Sobre la conformación del ordenamiento europeo sobre los principios de primacía y eficacia directa ver CHALMERS, D., HADJIEMMANUIL, C., MONTI, G., TOMKINS, A., “*European Union Law*”, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 45-50. Sobre la importancia de los principios de eficacia directa y primacía como elementos fundantes de la naturaleza del ordenamiento europeo ver el estudio ya clásico de DE WITTE, B., “*Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order*”, en CRAIG, P., y DE BURCA, G., “*The evolution of EU Law*”, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999, pp. 177-210, que expone a modo de epílogo: «The principles of direct effect and supremacy, as presently formulated an accepted, continue to confirm the nature of EC law as that of branch of International law, albeit a branch with some unusual, quasi federal, blossoms».

⁷⁸ JACOBSON, “*Modern Jurisprudence and the Transvaluation of Liberal Constitutionalism*”, Journal of Politics, 47, n. 2., 1985, pp. 405 y ss. En doctrina española me remito a la obra de ARAGÓN REYES, M., “*Constitución, democracia y control*”, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 88. México, 2002, pp. 81 y ss., «Efectivamente el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se “realice” (...) El control no forma parte únicamente de un concepto “político” de Constitución, como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa, y sólo si el control forma parte del concepto de constitución puede ser entendida como norma”.

ciencia jurídica trasladar la metodología propia de la ciencia constitucional al estudio del derecho europeo⁷⁹.

7 UE COMO COMUNIDAD DE DERECHO

La constitucionalización de los Tratados a través de los principios de primacía y eficacia directa ha supuesto, en primer lugar, la consideración de la Unión Europea como una “Unión de Derecho”⁸⁰, es decir, la transferencia del carácter del estado de derecho al ordenamiento jurídico de la Unión. Esta consideración supone que todos los poderes públicos y los sujetos del Derecho europeo se encuentran sometidos al derecho nacido de los Tratados: el sometimiento al derecho europeo de las Instituciones europeas, los poderes públicos nacionales y los ciudadanos de todos los Estados miembros. Con esta transferencia se cumple una de las premisas básicas de cualquier ordenación constitucional del derecho, puesto que la característica esencial de cualquier ordenamiento fundado en el Estado de Derecho es la constatación de que el poder se encuentra limitado por el Derecho⁸¹, y en este caso el poder estatal, cuando actúa en el ámbito regional, debe estar sometido a lo dispuesto por el

⁷⁹ Como señala Damian CHALMERS, lo determinante en los derechos concedidos por el ordenamiento europeo que los particulares disfrutan no es el texto del Tratado, sino la interpretación que el TJ hace, basándose no tanto en las disposiciones de los Tratados como en el espíritu y el marco general bajo el que se fundó la Unión: la integración. Cfr. CHALMERS, D., et al., “*European Union Law*”, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 44-57. Con DIEZ-PICAZO podemos determinar que la principal consecuencia del carácter supranacional de la Unión Europea, como organización de carácter *sui generis*, ha sido la tendencia cada vez más acentuada a plantear su funcionamiento en clave de Derecho constitucional. Esencialmente ha sido el TJ el que, a través de una jurisprudencia paciente e innovadora, ha provocado el proceso llamado de “constitucionalización” de los Tratados mediante la deducción de los principios de primacía (*Costa c. ENEL*) y eficacia directa (*Van Gend en Loos*). DIEZ-PICAZO, L. M., PONCE DE LEÓN, “*La naturaleza de la Unión Europea*”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2008.

⁸⁰ STJ de 23 de abril de 1986, *asunto Los verdes v. Parlamento europeo*, “es una Comunidad de Derecho en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado”. En doctrina, el término “Comunidad de derecho” fue acuñado por Walter HALLSTEIN, “*Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*”, Düsseldorf, 1969. Ver STOLLEIS, M., “*Europa como Comunidad de Derecho*”, *Historia Constitucional*, n. 10, 2009. Consultado en <http://www.historiaconstitucional.com> págs. 475-484.

⁸¹ BALAGUER CALLEJÓN, F., “Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional”, *ReDCE*, n.1, 2004, pp. 25-46, e igualmente en “*Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale*”, ROLLA, G., “*Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*”, G. Giappichelli Editore, Turín, 2001, pp. 113-130.

derecho europeo, sometimiento que se garantiza a través de los principios de primacía y eficacia directa.

Como presigió tempranamente el TJ, la forma más efectiva de garantía de la vinculación de los poderes públicos al derecho europeo es permitir a cada uno de los ciudadanos fundar sus pretensiones en el ordenamiento europeo e invocar sus normas ante las jurisdicciones nacionales⁸². Los procedimientos de invocación del derecho europeo se encuentran en el corazón del Derecho constitucional europeo, puesto que tienen dos resultados directos sobre la naturaleza de su ordenamiento y su estructura. Por un lado, con la posibilidad de que los ciudadanos invoquen pretensiones fundadas en disposiciones europeas se garantizan a la vez, el cumplimiento de las obligaciones de los Estados y la tutela de los derechos concedidos a los particulares por las disposiciones de origen europeo, por lo que consolida el carácter de la Unión como Comunidad de Derecho. Por otro lado, se conforma su constitucionalidad al legitimar a la Unión Europea e imponer los principios de eficacia directa y primacía. Con legitimación me refiero al papel de los ciudadanos en el desarrollo de la “infraestructura social”⁸³ y el éxito del ordenamiento europeo como Derecho, destinado a resolver conflictos provocados por las relaciones globales (a nivel europeo). Con LAENAERTS podemos afirmar que cualquier ordenamiento conformado con normas legales que prometen una realidad que los ciudadanos no pueden disfrutar en la práctica pierde eventualmente toda credibilidad, por ello “una

⁸² En el sentido de la jurisprudencia *Van Gend en Loos* y *Costa c. Enel*. Doctrinalmente me remito esencialmente a la obra de WARD, A., “*Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*”, OUP, 2000, concretamente p. 158.

⁸³ *Ibidem*, Para BOGDANDY Las dificultades para realizar una síntesis sobre el estado actual del debate científico-jurídico del derecho europeo no se debe a su carácter autónomo, sino a «la función primaria de la ciencia jurídica como ciencia práctica, que consiste en el “cuidado” de una importante “infraestructura” social, principalmente en la producción y garantía de la transparencia y coherencia del Derecho». La garantía de coherencia y transparencia, según el autor, se encuentra en el propio dinamismo de la integración, es decir, en la creación de la infraestructura jurídica conforme las condiciones y situaciones de la integración lo requieran: parafraseando a Robert Schumann expresa que «en la solución de problemas prácticos es más fácil encontrar el consenso que en la proposición de proyectos teóricos» con estas últimas palabras se inició la historia de la integración europea. BOGDANDY, A., “*Notas sobre la ciencia del Derecho Europeo: contexto, debates y perspectivas de desarrollo de la teoría general del Derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán*”, *cit.*, pp. 304-305. Citando de nuevo a JACOBS lo increíble de la declaración de la primacía es su aplicabilidad por el juez nacional, puesto que la jerarquía de los tratados sobre el derecho nacional ya era una cualidad conocida. Lo novedoso, desde el punto de vista de la autonomía del derecho europeo, es que la primacía puede ser aplicada en la resolución de un caso concreto a favor del derecho europeo. Cfr. JACOBS, F. G., “*The Evolution of the European legal order*”, *cit.*, pp. 313-314.

más efectiva y orientada aplicación del derecho europeo puede [además] ayudar a restaurar la fe en la razón de ser de la Unión. Una aproximación más uniforme a la invocación del derecho europeo puede contribuir a fortalecer la legitimidad de la Unión⁸⁴. Como veremos inmediatamente, la cuestión de la legitimidad del ordenamiento europeo es la cuestión más trascendente de todo el discurso constitucional sobre la Unión europea. Y es precisamente en esta cuestión en la que reside el problema esencial del ordenamiento europeo.

8 NOTAS SOBRE LA LEGITIMACIÓN Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO EN LA UE

En el discurso de la constitucionalización de la estructura jurídica de la UE el principio democrático tiene un valor esencial, puesto que aplica una metodología comprensiva sobre la cuestión de la legitimidad del poder. En el caso de la identificación y legitimidad del poder normativo en el derecho europeo, tanto la jurisprudencia del TJ como la doctrina jurídica se han encontrado con la principal traba a la integración. Es importante que el derecho europeo se imponga como un límite a los Estados, que la actividad de estos en el mundo globalizado se encuentre fiscalizada, y que los ciudadanos puedan invocarlo frente a los Estados, pero si el derecho europeo adolece en su producción de los mismos procedimientos y garantías democráticas, nos encontraremos en el mismo punto de partida⁸⁵. La cuestión que debemos plantearnos es cómo

⁸⁴ Ver LAENARTS, K., y COURHAUT, T., "Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law", *European Law Review*, n. 31, 2006.

⁸⁵ Como recuerda FERRAJOLI, L., "*Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*", Trotta, Madrid, 2006: «no tengo dificultad para admitir que en mi opinión, [...] democracia y constitución tienden a confundirse: a condición, sin embargo, de que constitucionalismo y democracia [...] sean entendidos uno en el sentido de "democracia constitucional" y el otro en el sentido de "constitucionalismo democrático". P. 106. Como añade ARAGÓN REYES, «El Estado constitucional es, por principio, y no hace falta subrayarlo, Estado de derecho, y en consecuencia, la democracia constitucional implica la juridificación de la democracia, y por ello la necesidad de concebir jurídicamente a la propia soberanía... el Estado constitucional se sustenta precisamente en la proclamación de que hay un soberano y que ese soberano es el pueblo. Soberano que se autolimita a través de la constitución. Autolimitación que no repugna a la teoría, es decir, que no encierra una contradicción insalvable siempre que, claro está, no desvirtuemos el carácter jurídico de esa teoría; esto es, siempre que no separemos Estado democrático y Estado de derecho. La autenticidad de la Constitución radica precisamente, en la asociación y no en la separación de ambas categorías; más aun, sin tal asociación no habría, en realidad, Derecho constitucional, sino mero derecho estatal», ARAGÓN REYES, M., "*Constitución, democracia y control*", *cit.*, p.15. Y exactamente igual ocurre al revés, en la relación entre la conceptualización de la democracia y su inherencia al término constitución: «mantener en la actualidad un concepto de democracia desligado del fundamento garantista y normativista de la Constitución, además de ser un anacronismo histórico, supone un grave obstáculo para la comprensión de la Constitución

se legitima el derecho europeo que puede servir de freno a los Estados en el marco de la globalización⁸⁶. Con AZPITARTE SÁNCHEZ debe adelantarse que el modelo de la UE defrauda la función del Derecho constitucional, puesto que ordena el poder (y lo limita) pero no consigue justificarlo por carecer de legitimidad⁸⁷.

El principal escollo para responder a esta pregunta es metodológico. El derecho europeo conforma un ordenamiento autónomo que se desliga del poder del Estado. El derecho europeo no es ni derecho estatal ni derecho internacional, por lo que el problema esencial del Derecho europeo desde un prisma constitucional es precisamente la ordenación constitucional de un poder distinto al estado⁸⁸. Poder distinto, ordenamiento autónomo, al que no se pueden aplicar en puridad criterios o conceptos propios de la teoría del Estado.

La soberanía del Estado, mencionada hasta ahora de forma genérica, se ha relacionado en la teoría constitucional moderna con los conceptos de pueblo y poder constituyente⁸⁹. Que la soberanía reside en el pueblo y de él emanan los poderes del Estado es un concepto rousseauiano clásico en la historia política y filosófica de Europa, recogido en todas las constituciones europeas⁹⁰: es del pueblo

misma» ver BALAGUER CALLEJÓN, F., *“Fuentes del Derecho”*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1991, p. 32. La Constitución Española, en el Preámbulo, lo entiende también así cuando expresa su voluntad de «Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular».

⁸⁶ En un genial resumen, Sabino CASSESE expone que el poder público tradicional de los estados se legitima en la historia a través de dos instrumentos: por un lado el Derecho, o Estado de derecho, que comienza desarrollando libertades personales y la independencia de los jueces, para continuar alcanzando el nivel legislativo (jurisdicción constitucional) y el ejecutivo (procedimiento administrativo), idea adquirida por Locke y Montesquieu; por otro lado la Democracia, idea que significa que el derecho es dictado por el legislador que representa al ‘demos’, de esta forma los ciudadanos protegen sus derechos contra la invasión pública. Como hemos observado la creación de la comunidad de derecho no ha terminado de comportar una verdadera “comunidad constitucional democrática de derecho”. En CASSESE, S., *“Democrazia e Unione Europea”*, cit.

⁸⁷ Cfr. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *“Del Derecho constitucional común europeo a la constitución europea. ¿Nuevo paradigma en la legitimidad de la Unión?”*, Teoría y Realidad Constitucional, n. 16, 2005, pp. 343-373. También a la inversa, expone, que a la vez la Constitución pierde su plena funcionalidad, puesto que naciendo del poder constituyente y recogiendo los contenidos propios del constitucionalismo (limitación del poder y legitimidad) no es capaz de alcanzar y ordenar la nueva realidad del poder, el poder comunitario.

⁸⁸ Me remito de nuevo a AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *“Del Derecho constitucional común europeo ...”*, cit. pp. 343-373.

⁸⁹ BALAGUER CALLEJÓN, F., *“Sistema de Fuentes del Derecho”*, cit., Vol. II, p. 35.

⁹⁰ Tal cual en la Constitución Española (CE) artículo 1.2: “La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado”.

del que deriva en última instancia la legitimidad del ejercicio de poder público. Aplicando esta lógica tradicional a la Unión Europea deberíamos suponer que el poder público europeo surgido de los Tratados debe por lo tanto partir de la misma premisa para considerarse la posibilidad de encontrarnos ante una ordenación constitucional del poder. El “pueblo”, los ciudadanos de los Estados, deberían ser desde esta concepción la única voluntad legitimada para organizar la sociedad europea, estructurar sus órganos e instituciones y atribuirles poder público (la idea del poder constituyente que establece la constitución jurídico-política de la sociedad) dentro de la comunidad política; desde este momento ese poder público debería actuar mediante procedimientos democráticos suficientemente representativos de la voluntad popular (poder constituido)⁹¹.

Estas premisas del constitucionalismo, no son en absoluto asumibles en el ordenamiento europeo. La Unión Europea tiene una doble legitimidad que reside, por un lado de modo directo (Parlamento Europeo) e indirecto (gobiernos nacionales elegidos por los ciudadanos) en los ciudadanos, y por otro lado en los propios Estados. Esta doble legitimidad es el fundamento del sistema de gobierno europeo y de los procedimientos de producción normativa. Esta doble legitimidad proviene del carácter *sui generis* de la UE, que no es ni un Estado ni un organismo internacional, por lo que su funcionamiento acopla la lógica internacionalista del Estado soberano y la lógica federalista de la legitimidad ciudadana⁹². Por ello la UE, no puede asumir de forma pura los postulados

⁹¹ El uso en este trabajo de los conceptos de poder constiuyente y poder constituido beben del sentido expresado por ACKERMAN en la distinción entre *constitutional politics* y *normal politics*, donde el primero se refiere a la actuación directa del pueblo en el momento constituyente, y el segundo a la participación esporádica y casi automática del pueblo en la producción normativa ordinaria, a través de representantes en el Parlamento. Ver en este caso ACKERMAN, B., “*Constitutional law/constitutional politics*”, Harvard Law Review, n. 99, 1989, pp. 453 y ss. Para un análisis comparativo de este asunto ver BUSTOS GISBERT, R. “*La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*”, IVAP, Bilbao, 2005, pp. 32-33. Para un análisis en profundidad sobre el poder constituyente ver BÖCKENFÖRDE, E. W., “*Escritos Sobre el Estado de Derecho y la Democracia*”, Madrid, 2000, y en doctrina española DE VEGA GARCÍA, P., “*La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*”, Tecnos, Madrid, 1985, p. 25 y ss.

⁹² JOERGES, C. en el curso del desarrollo de sus tesis sobre el supranacionalismo deliberativo define el clásico derecho internacional como un orden de relaciones interestatales basado en la voluntad de los estados, por lo que resulta inconcebible una autoridad superior a la de los propios estados. En este sentido es fácil entender porque el ordenamiento europeo es un ordenamiento supranacional y distinto al derecho internacional. Ver “*Rethinking European law's supremacy*”, EUI Working Paper Law, n.12, 2005. La cuestión del carácter *sui generis* del ordenamiento europeo ha sido profundamente estudiada. El carácter *sui generis* del Derecho europeo ha sido acuñado ya como un concepto propio del ordenamiento europeo. La definición más asentada del uso del término *sui generis* en este contexto vendría a describir que la Unión Europea es un ente situado a medio camino entre un Estado federal

tradicionales del Derecho constitucional respecto de la legitimidad democrática del poder público.

Por estos motivos la mayoría de la doctrina ha acusado una crisis democrática en la estructura de la UE que, en puridad, supone una crisis de constitución⁹³. Las críticas principales a la democracia en la Unión europea se articulan sobre tres aspectos:

y una organización internacional o asociación de estados soberanos, de este modo adquiere una estructura y funcionalidad intermedia entre ambas. Ver sobre el debate de su verdadera naturaleza híbrida: WEILER, J. H. H. “*The promised Constitutional Land*”, King’s College Law Journal, n. 12, 2001; ID. “*The Constitution of Europe: Do the new clothes have an Emperor?, and other essays on European Integration*”, Cambridge University Press, 1999. MACCORMICK, N., “*Questioning Sovereignty: law, state and Nation in the European Commonwealth*”, Oxford, Clarendon Press, 1999. ID “*Beyond the Sovereign State*”, Modern Law Review, n. 56, 1993. En contra de considerar a la Unión Europea como una organización *sui generis* encontramos a WHAL, R., “*¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de teoría del Estado?*”, Teoría y Realidad Constitucional, n. 18, 2006, pp. 105-129. Para BALAGUER CALLEJÓN, F., en la construcción de un lenguaje jurídico común europeo la hipótesis correcta de partida es la comprensión de que si bien una cosa es superar (respecto de los conceptos constitucionales a utilizar como comunes) los últimos desarrollos del Derecho constitucional (y tender a una mayor normatividad de las estructuras constitucionales) otra muy distinta es pretender que formulaciones todavía primitivas desde el punto de vista de la técnica constitucional, puedan resultar satisfactorias por «originales». “*La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea*”, ReDCE, n° 1, Enero-Junio de 2004, p. 313. Con WAHL, R., “*¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de Teoría del Estado?*”, Teoría y Realidad Constitucional, n. 18, 2006, p. 108, podemos decir que «(a)llí donde se ofrecen tantos conceptos, surge pronto la sospecha de que carecemos en realidad de los conceptos adecuados a partir de los cuales se alcanza la comprensión. Los conceptos no son naturalmente todo, pero sin conceptos difícilmente cabe alcanzar un entendimiento suficiente. El problema básico del Derecho público... radica en que se mueve cada vez más fuera de los habituales ámbitos del Estado conocidos desde hace siglos, mas para ese viaje exploratorio dispone sin embargo sólo básicamente de los conceptos centrados en el Estado.». Muy claramente lo expresa RUBIO LLORENTE al exponer que el estudio del Derecho constitucional no puede seguir centrándose exclusivamente en las constituciones de los Estados «como si el proceso de integración no implicase un transformación profunda del Estado, que obliga a reelaborar las viejas categorías y a crear otras», RUBIO LLORENTE, J., “*El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa*”, REDC, n. 48, 1996, pp. 9-33. Ver también en este sentido CASCAJO CASTRO, J. L., “*Constitución y Derecho constitucional en la Unión Europea*”, Teoría y Realidad Constitucional, n. 15, 2004, p. 90. Finalmente, como argumento último y de autoridad WEILER lo ha expresado de forma contundente: «Estamos ante un orden jurídico constitucional en el que la teoría constitucional no ha sido aún desarrollada. En efecto, no ha habido una elaboración suficiente de sus valores trascendentes y de sus objetivos a largo plazo y se han interpretado mal sus elementos ontológicos», WEILER, J. H. H., “*Europa, fin de siglo*”, CEC, Madrid, 1995, p. 206.

⁹³ La lógica de esta crisis es la misma que se ha mantenido desde el comienzo de estas páginas, el paradigma de la superación del Estado nacional por los fenómenos de coordinación internacional e integración supranacional frente a los retos de la sociedad globalizada, y en consecuencia el papel del Derecho constitucional en la fundamentación y legitimación de los poderes públicos que actúan en ese nivel. Esta situación conduce a una profunda crisis de la fundamentación constitucional sobre el principio democrático en el nivel europeo DE VEGA GARCÍA, P., “*Mundialización y Derecho*

(i) en primer lugar una cuestión teórica. La existencia o no de un verdadero “demos” europeo y su funcionalidad en el proceso de constitucionalización de Europa. La doctrina ha considerado la imposibilidad de realizar una auténtica ordenación constitucional de la sociedad europea simplemente porque no puede afirmarse la existencia de un verdadero “demos” europeo. Si no hay un “pueblo” europeo el ejercicio del poder público en la UE se queda huérfano de legitimidad. Parte de la doctrina niega la existencia del “demos” en Europa basándose en la imposibilidad de establecer una “identidad” común a todos los pueblos de los Estados miembros⁹⁴. Otra parte ha subrayado que la “identidad” común no es algo predeterminado en las sociedades, sino un elemento en construcción que se alcanza a través del establecimiento de procedimientos discursivos de tipo constitucional, por lo que han centrado su crítica en la inexistencia de un verdadero “espacio público europeo”⁹⁵ como elemento central de la construcción de la ciudadanía europea. La tesis más acertada quizás sea la de WEILER que ha centrado la cuestión en el concepto de “pertenencia” como elemento que identifica con el concepto “pueblo” – olvidando la noción de “identidad” – y que representa el compromiso de los individuos con los valores compartidos de la Unión⁹⁶. Esta idea hace hincapié en la verdadera realidad de la Unión, compuesta por ciudadanos de distinta nacionalidad, y en este sentido indica que el ciudadano puede sentirse perteneciente a diversas estructuras territoriales, la nacional y la europea, siempre que comparta los valores esenciales de cada estructura. Esta última visión se encuentra vinculada a la construcción jurisprudencial por el TJ del concepto de las “tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros” como principios generales del

constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual, Revista de Estudios Políticos, n. 100, 1998, p. 13. Por todos me remito a WALKER, N., en “*Four Visions of Constitutional pluralism – Symposium transcript*”, European Journal of Legal Studies, 2, n. 1, 2008, p. 347. Cfr. “El pluralismo (constitucional) no se refiere al conflicto, el pluralismo se refiere a la realidad ontológica de que existen diferentes ordenamientos jurídicos que tienen que encontrar los términos adecuados de acercamiento entre ellos”.

⁹⁴ GRIMM, D., “*Does Europe need a Constitution*”, en GOWAN, P., y ANDERSON, P., (eds), “*The question of Europe*”, Maxwell, Londres-Nueva York, 1997, pp. 254 y 255. En el mismo sentido, centrado en las posibilidades de integración de Europa a través de una constitución ver también, GRIMM, D., “*Integración por medio de la constitución. Propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización*”, Teoría y Realidad Constitucional, n.15, 2004, pp. 53-69. Desde una construcción sobre la base de los derechos fundamentales ver, DENNINGER, E. y GRIMM, D., “*Derecho constitucional para la sociedad multicultural*”, *cit.*, pp. 51-63.

⁹⁵ HABERMAS, J., “*Facticidad y Validez (sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso)*”, quinta edición, Trotta, Madrid, 2008, especialmente el capítulo dedicado a “Política deliberativa: un concepto procedimental de democracia”, pp. 363-406.

⁹⁶ WEILER, J. H. H., “*Does Europe need a Constitution?...*”, *cit.*, pp. 287-288.

derecho comunitario⁹⁷, principios cuya decantación supone un procedimiento de diálogo entre tribunales constitucionales y TJ, el procedimiento dialéctico que los autores del segundo grupo demandan. Obviamente el déficit se centra en el papel constituyente que juegan los tribunales nacionales y el TJ donde los ciudadanos no son más que parte en los procesos.

(ii) en segundo lugar, y como derivación de la primera cuestión, hemos de plantearnos cuál es el papel de los ciudadanos en los procedimientos jurídicos de producción y ratificación de los Tratados en tanto que “carta constitucional europea” (y la imposible identificación de su protagonismo con un verdadero momento constituyente). El TCEU supuso no sólo el final de la terminología constitucional que designaba a la Unión, sino también el final del procedimiento “convencional” como procedimiento de producción. Los Tratados de Lisboa vigentes, han seguido un procedimiento intergubernamental en el que se han suprimido hasta el máximo la consultas refrendarias a la ciudadanía para su ratificación. Los Estados miembros son considerados como los ‘autores de los Tratados’, sus ‘hacedores’, términos que caracterizan a los Estados miembros como un colectivo, conforme al artículo 48 TUE⁹⁸. Los Tratados europeos se han producido y revisado a través de un procedimiento básicamente internacionalista, mediante la convocatoria de Conferencias intergubernamentales⁹⁹. Por ello su posible carácter constitucional se ha entendido limitado y se ha reducido a una perspectiva material o de contenido de los mismos, y no formal. La limitación de soberanía de los Estados por los Tratados sólo podría entenderse como una limitación del poder público, como una ordenación constitucional del poder en la medida en que surgiese de un verdadero proceso constituyente protagonizado por los ciudadanos de forma directa. Ciertamente es hoy generalmente aceptado que la falta de un verdadero poder constituyente en la construcción progresiva

⁹⁷ Para un resumen brillante sobre la construcción jurisprudencial del concepto y la protección de los derechos fundamentales en la UE ver. CÁMARA VILLAR, G., “*Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional*”, ReDCE, n. 4, 2005.

⁹⁸ Ver muy recientemente en este sentido a VON BOGDANDY, A., “*Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales*”, Revista General de Derecho Europeo, 22, 2010, p. 20. El Tribunal de Primera Instancia ha llegado a calificar a los Estados como la “autoridad fundamental de la Comunidad” considerados en conjunto como autores del derecho originario, ver los asunto *Holcim/Comisión*, T, 28/03, de 21 de abril de 2005; y el asunto *Salamander et al/ Parlamento y Consejo*, T-172/98, de 27 de junio de 2000.

⁹⁹ Las Conferencias Intergubernamentales más importantes hasta ahora han sido: la CIG en la que se firmó el Acta Única Europea (1986) en la que se establecieron los pasos necesarios y el programa para la consolidación del Mercado Interior el 1 de enero de 1993; las dos CIG con motivo de la firma del Tratado de Maastricht, una sobre política económica y monetaria (UEM) y otra sobre Unión Política (en la que se estructuraron los pilares PESC y JAI); la CIG en la que se firmó en Tratado de Ámsterdam en 1997, precedido por el Consejo Europeo de Turín de 1996, y la CIG de Niza, de 2001.

de la UE, entendida como comunidad de derecho según el TJ, no permite considerar a los Tratados como una verdadera constitución en sentido clásico¹⁰⁰.

(iii) Por último, debería siquiera mencionarse que los ciudadanos nos se encuentran representados en la producción normativa ordinaria, el derecho derivado a través de la elección directa por sufragio universal de representantes al Parlamento europeo. Por ello debería plantearse cuál es el papel del Parlamento Europeo respecto de la estructura institucional de la Unión. La doble legitimidad de la UE ha dado lugar a la configuración de procedimientos decisorios y de producción normativa que establecen un balance de poder entre la representación de los Estados (sus ejecutivos) y los ciudadanos. El Consejo y el Parlamento comparten la competencia legislativa. Sin embargo, la doctrina ha evidenciado críticas que se centran, por un lado en que aun cuando la producción normativa se realice a través del procedimiento de codecisión dispuesto en los Tratados como procedimiento ordinario (procedimiento en el que el Parlamento Europeo tiene un verdadero derecho de veto sobre el Consejo), aun existen procedimientos donde se soslaya su participación o se utilizan métodos de delegación a Comités especializados que convierten la producción normativa en un ejercicio de burocracia y tecnocracia (comitología). Además, al evidenciarse por la doctrina carencias en cuanto al deforme y nacionalizado proceso electoral, se ha dado una importancia vital en los últimos años a los parlamentos nacionales, que aun cuando controlan los actos de los representantes del gobierno en el Consejo continúan representando a la “ciudadanía” estatal, y no a la ciudadanía europea. Sin duda La Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Alemán ha supuesto un mazazo para la comprensión democrática de la ciudadanía europea, recogiendo una doctrina que desde Maastricht parecía olvidada.

9 ALGUNOS PUNTOS DE REFLEXIÓN

Con lo expuesto pueden llegarse a algunas modestas conclusiones:

1º. El Derecho constitucional se encuentra en crisis por causa de la interrelación global de factores que en última instancia perjudican la concepción del Estado constitucional como un estado democrático de derecho.

¹⁰⁰ Ver sobre el Tratado de Lisboa BALAGUER CALLEJÓN, F., “La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa”, ReDCE, n. 8, 2007 y sobre el TCEU, HÄBERLE, P., “La Constitución de la Unión Europea de junio de 2004 en el foro de la doctrina del Derecho constitucional europeo”, ReDCE, n. 2, 2004.

2º No obstante la función del Derecho constitucional como método de resolución de conflictos continúa siendo esencial. Incluso debe ser, hoy más que nunca, protagonista, puesto que en la situación global actual se representa la verdadera necesidad de aplicar los dos elementos clásicos del constitucionalismo sobre las relaciones mundiales: la ordenación del poder y su limitación en garantía de los derechos humanos.

3º Hoy, pese a la complejidad que alcanza la globalización como interrelación de poderes y sujetos actuantes, el problema básico vuelve a ser la limitación del poder de los Estados frente a sus maltrechos ciudadanos, por lo que deben encontrarse herramientas que contribuyan a reforzar la posición de los ciudadanos nacionales frente al monopolio por los Estados del espacio mundial.

4º En este sentido la UE, hoy día en una grave crisis de identidad, debe ser un paradigma. Su proceso de constitucionalización, precisamente por su momento actual, es hoy día más imprescindible que nunca.

5º El éxito del mismo debe medirse en su capacidad para imponer a los Estados, en favor de los ciudadanos europeos, un modelo constitucional basado en la Unión de derecho y el principio democrático.

6º La Unión de derecho se ha conformado a golpe de jurisprudencia, los Tribunales comunitarios han hecho su labor y la primacía y la eficacia directa del derecho nacional han creado un sistema supranacional que permite a los ciudadanos protegerse de abusos.

7º El problema continúa siendo que los ciudadanos aun no encuentran más que herramientas para protegerse de sus Estados por vía jurisdiccional. Es necesario que estos participen en la base misma del poder público europeo. En el momento actual es algo demasiado complejo, por ello el TJ de la UE deberá seguir con su jurisprudencia creativa y su papel de “tribunal constituyente”.

8º Las posibilidades reales de ahora pasan por crear los procedimientos jurisdiccionales adecuados para que los ciudadanos encuentren la forma de protegerse, mientras pasa la tempestad, de las políticas de sus Estados, de la manera lo más directa posible ante los Tribunales Europeos (tanto el TEDH como el TJ): la cuestión trascendental continúa siendo el desarrollo circunstancial de los principios de primacía y eficacia directa, que debería impregnar lo antes posible la CDFUE y el CEDH.