

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PODER PÚBLICO GLOBALIZADO: COMENTARIOS DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA

Aída TORRES PÉREZ*

I. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de la creciente globalización e interdependencia, el ejercicio del poder público se desplaza hacia esferas más allá del Estado. Cada vez más, las normas y políticas públicas que se aplican y desarrollan a nivel interno son gestadas en foros supra e internacionales. Las categorías conceptuales construidas sobre la base del Estado nación difícilmente pueden dar cuenta de la nueva realidad. La soberanía estatal se está convirtiendo en un espejismo, e incluso el concepto mismo de Constitución necesita ser revisado. A su vez, el ejercicio del poder en las esferas supra e internacionales se expande y fortalece. En este contexto, son necesarias nuevas aproximaciones doctrinales que puedan dar respuesta a los retos que plantea el ejercicio del poder público globalizado.

Los artículos de los profesores von Bogdandy y Serna de la Garza incluidos en este volumen toman como punto de partida la apertura internacional del Estado, desde la perspectiva alemana y mexicana respectivamente. Ambos comparten la idea de que el derecho público vigente en el territorio del Estado ya no se

* Profesora agregada de Derecho constitucional de la Universidad Pompeu Fabra. Agradezco al Profesor von Bogdandy y a Mariela Morales Antoniazzi la oportunidad de participar en el Coloquio Iberoamericano organizado en el Max Plack Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht el 16 de julio de 2013 (Heidelberg).

puede entender únicamente a partir de la constitución, ya sea la Ley Fundamental de Bonn, o la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El poder público ejercido dentro del Estado se define y limita en normas diversas. Por consiguiente, las constituciones estatales necesitan ser complementadas por otros instrumentos supra e internacionales.¹ Mientras que Serna de la Garza se centra en el impacto de esa apertura hacia el interior del Estado, von Bogdandy se ocupa de la conceptualización del ejercicio del poder público y su legitimidad en las esferas supra e internacional.

El objetivo de esta contribución es compartir algunas reflexiones y comentarios a partir de la lectura del trabajo de von Bogdandy, y por lo tanto desde la perspectiva europea. La perspectiva europea en ocasiones corre el riesgo de estar demasiado sesgada por la experiencia de la Unión Europea (UE), donde el ejercicio del poder público a nivel supranacional ha adquirido una dimensión propia. Los trabajos de Serna de la Garza y Clérico ofrecen la oportunidad de contrastar la experiencia europea con la latinoamericana, y comprobar en qué medida los debates que se desarrollan en Europa son trasladables al contexto de América Latina, y viceversa. Los retos que se plantan como consecuencia de la apertura del Estado son similares, aunque las diferencias en

¹ von Bogdandy, Armin, “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales”, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 152 y 181; von Bogdandy, “La integración europea a la luz de la Constitución alemana: una reflexión en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el caso Maastricht”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, p. 212; Walter, Christian, “Constitutionalizing (Inter)national Governance-Possibilities and Limits to the Development of an International Constitutional Law”, *German Yearbook of International Law*, núm. 44, 2001, pp. 193-196; Cruz Villalón, Pedro, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004, p. 28; Dunoff, Jeffery L., y Trachtman, Joel P. (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009; Capaldo, Griselda *et al.* (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional y constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

el contexto histórico, político y social pueden requerir respuestas distintas, y la necesidad de adaptar algunas nociones a la realidad propia.

Siguiendo la estructura del artículo de von Bogdandy, los comentarios se referirán a los tres ejes centrales de su trabajo: el concepto de autoridad pública internacional, los principios fundamentales como parámetro de legitimidad, y el pluralismo dialogal.

II. EL PODER PÚBLICO GLOBALIZADO

Los artículos de von Bogdandy y Serna de la Garza destacan la erosión o transformación del principio de soberanía estatal como consecuencia de la apertura del Estado. Las diversas instituciones supra e internacionales aprueban normas directamente aplicables en el territorio de los Estados (como los reglamentos de la UE); dictan sentencias vinculantes (por ejemplo, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos), o emiten códigos de conducta, principios regulatorios o recomendaciones (*soft law*) que tienen impacto sobre la producción normativa o la formulación de políticas públicas a nivel interno (por ejemplo, el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional).

Aunque los Estados retengan el monopolio del uso legítimo de la fuerza, el poder público se fragmenta, en el sentido de que la toma de decisiones y la creación del derecho se produce en una pluralidad de esferas a nivel inter, supra y transnacional.² Algunas normas estatales meramente reproducen o desarrollan normas o decisiones tomadas en esas otras esferas.³ Por lo tan-

² Delbruck, Jost, "Transnational Federalism: Problems and Prospects of Allocating Public Authority Beyond the State", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2004, núm. 11, p. 39; Torres Pérez, Aída, "The Internationalization of Lawmaking Processes: Constraining or Empowering the Executive?", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 14, núm. 1, 2006.

³ Delbruck, Jost, "Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2003, núm. 10, pp 35-36.

to, la proliferación de instituciones y regímenes internacionales limita el poder del Estado para formular e implementar sus propias políticas públicas y al final supone un reto para la soberanía estatal como el poder para la determinación del marco de normas en un determinado territorio y para gobernar de acuerdo con el mismo.⁴

La creación de regímenes internacionales y la atribución de funciones estatales a instituciones más allá del Estado pueden justificarse en tanto que, como consecuencia de la creciente interdependencia política y económica, la capacidad de los Estados para regular efectivamente sobre el territorio nacional se ha visto mermada.⁵ Por lo tanto, la regulación efectiva sobre un creciente número de materias requiere formas de acción supranacional.⁶ Además, en la medida en que las decisiones de unos Estados tienen efectos sobre los ciudadanos de otros, sin que estos puedan participar en el proceso de toma de decisiones, las formas de decisión supra e internacional pueden ser más inclusivas.⁷

La globalización no sólo implica transformaciones para el Estado moderno, sino también para el derecho internacional. El ámbito del derecho internacional se ha ido expandiendo más allá del *ius belli*, y cada vez abarca más materias que antes se regulaban a nivel doméstico. Existe una tendencia hacia un mayor grado de institucionalización y coordinación de la toma de decisiones a

⁴ Held, David, *Democracy and the Global Order: From de Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity Press, 1995, p. 100.

⁵ Keohane, Robert O., "Sovereignty, Interdependence and International Institutions", en Miller, Linda B. y Smith, Michael (eds.), *Ideas and Ideals: Essays on Politics in Honor of Stanley Hoffmann*, Westview Press, 1993, p. 92; Slaughter, Anne-Marie, "Sovereignty and Power in a Networked World Order", *Stanford Journal of International Law*, núm. 40, 2004, p. 284.

⁶ Kingsbury, Benedict, et al., "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, 2005, núm. 68, p. 16.

⁷ Benvenisti, Eyal, "Sovereigns as Trustees of Humanity: on the Accountability of States to Foreign Stakeholders", *The American Journal of International Law*, vol. 107, núm. 2, 2013.

nivel internacional.⁸ Además, la cooperación se intensifica como resultado de la proliferación de redes gubernamentales transnacionales más informales.⁹ Asimismo, los actores que participan en la elaboración de políticas en estas múltiples esferas se diversifican. La globalización potencia la regulación transnacional a través de actores privados, y otras fórmulas híbridas entre actores gubernamentales y no-gubernamentales.¹⁰ Como consecuencia, la producción del derecho nacional e internacional se descentraliza y fragmenta.¹¹

El artículo de von Bogdandy reflexiona sobre el desplazamiento del ejercicio de poder público hacia instituciones supra e internacionales y propone un enfoque de derecho público. Lo que se plantea brevemente en unas pocas páginas es parte de un ambicioso e innovador proyecto de investigación desarrollado en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional que tiene como objetivo la construcción de un concepto de “autoridad pública internacional”.¹²

Von Bogdandy propone un concepto amplio de autoridad pública, entendido como: “la capacidad legal de *determinar* a otros y de reducir sus libertades, es decir, de configurar *unilateralmente* su situación jurídica o de facto.”¹³ Esta definición todavía no es completa. Para que la autoridad ejercida reciba la consideración

⁸ Walter, Christian, op. cit, nota 1, pp. 175-183; Held, David, *Models of Democracy*, Cambridge, Polity, 1987, pp. 346-348

⁹ Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

¹⁰ Walter, Christian, op. cit, nota 1, pp. 186-187; Kingsbury, op. cit., nota 6, pp. 22-23.

¹¹ Koskenniemi, Martti, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”, *Report of the Study Group of the International Law Commission*, United Nations, 2006.

¹² von Bogdandy, Armin et al. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Heidelberg, Springer, 2010.

¹³ Bogdandy, Armin von, en este volumen.

de “pública” es necesaria una atribución competencial previa por parte de actores públicos:

Se puede entender que la autoridad supranacional e internacional es pública cuando se basa en una competencia que hubiese sido conferida por medio de un acto realizado junto con otros actores públicos —en general por los Estados— para cumplir con una tarea pública que precisamente estos actores entienden como tal y cuya caracterización como tal les es permitida. El carácter público del ejercicio de poder depende así de su fundamento jurídico.¹⁴

Por consiguiente, una institución ejerce poder público si,

1. Existe una atribución competencial previa por parte de actores públicos para
2. Adoptar actos jurídicamente vinculantes
3. O adoptar actos que tengan la capacidad de determinación desde un punto de vista fáctico.

A partir de esta conceptualización de la autoridad pública internacional, nos planteamos tres dudas: en primer lugar, ¿cuál es la relación entre *autoridad y legitimidad*?

Tanto la noción de legitimidad como la de autoridad pueden entenderse desde un punto de vista normativo o descriptivo.¹⁵ Desde un punto de vista normativo, la legitimidad se refiere a las condiciones o razones que justifican la reclamación de autoridad. La legitimidad normativa pretende determinar cuándo una institución debe ser obedecida. Por otro lado, desde un punto de vista descriptivo, siguiendo a Weber, una institución es legítima si la reclamación de obediencia es percibida como justificada por los destinatarios y por lo tanto la obediencia se basa en la creencia

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Steffek, Jens, “The Legitimation of International Governance: A Discourse Approach”, *European Journal of International Relations*, núm. 9, 2003, pp. 253-254.

de que la autoridad ejercida está justificada.¹⁶ Para la noción de legitimidad, lo relevante son los motivos por los que una institución es obedecida. Ahora bien, la obediencia por sí misma no es medida de legitimidad (ni normativa ni descriptiva). Por ejemplo, puedo obedecer a un dictador para evitar ser ejecutado.¹⁷

También puede distinguirse entre una noción normativa o descriptiva de autoridad. Desde un punto de vista normativo, una institución tiene autoridad cuando debe ser obedecida, independientemente de si lo es o no. Por consiguiente, la cuestión es si existen razones legítimas que justifiquen la reclamación de autoridad. Por otro lado, desde un punto de vista descriptivo, una institución tiene autoridad cuando las normas o decisiones que emanan de la misma son de hecho obedecidas por los destinatarios. Desde esta perspectiva, la pregunta sobre si una institución tiene autoridad o no es una cuestión fáctica. Puede ser respondida a partir de la observación de la realidad. Lo que necesita ser investigado es si la conducta de aquellos a quienes las normas o decisiones se dirigen es conforme a las mismas, independientemente de sus motivos.

Von Bogdandy enfatiza la distinción entre autoridad y legitimidad. En primer lugar, pretende identificar los actos de ejercicio de autoridad pública, para a continuación establecer el parámetro de legitimidad desde la perspectiva de los principios fundamentales. Ahora bien, mientras que el concepto de legitimidad que utiliza es normativo, el de autoridad parecería desdoblarse en su dimensión normativa y descriptiva.

Por un lado, cuando se trata de instituciones que no tienen reconocido el poder de dictar normas vinculantes, pero que efectivamente condicionan la conducta de otros, la noción de autoridad pública internacional es de tipo descriptivo (o fáctico).

Por otro lado, cuando se trata de instituciones con el poder de dictar normas vinculantes, la previa atribución de una potestad

¹⁶ *Ibidem*, p. 253.

¹⁷ Hart, Herbert L.A., *The Concept of Law*, Oxford, OUP, 1997, pp. 82-88.

normativa (y la consiguiente capacidad de determinación jurídica) es suficiente, independientemente de su capacidad para condicionar la conducta de otros desde un punto de vista fáctico. Esta definición de la autoridad a través de la previa atribución competencial puede concebirse como una noción normativa de autoridad. Podría argumentarse que existe un deber de obediencia sobre la base de una norma atributiva de poder, y que la reclamación de autoridad por parte de la institución internacional está justificada en la medida en que los autores del tratado o acto constitutivo de la misma han reconocido el carácter vinculante de sus actos. Así, la autoridad se basaría en el previo consentimiento. Por lo tanto, en este caso autoridad y legitimidad en parte se solapan. Ahora bien, ello no agota el análisis de legitimidad desde otras perspectivas. Podría distinguirse entre legitimidad en el origen y en el ejercicio. La autoridad podría considerarse legítima desde la perspectiva del origen de su poder, pero no respetar otros criterios de legitimidad en el ejercicio, como el respeto de los derechos humanos o el principio democrático.

Además, al prescindir del elemento fáctico, si una institución tiene la capacidad de dictar normas vinculantes, pero estas son sistemáticamente desobedecidas por los destinatarios, afirmar que tiene autoridad puede resultar vacío.¹⁸ En el contexto internacional, la efectividad del ejercicio de autoridad es de especial relevancia, en la medida en que las instituciones internacionales no pueden recurrir al uso de la fuerza para obligar al cumplimiento de sus decisiones.

Al final, la formulación de un concepto ampliado de autoridad pública pretende abarcar situaciones en las que instituciones internacionales, sin tener reconocido el poder de dictar normas vinculantes, efectivamente determinan la situación de otros. Por lo tanto, se pretende superar una aproximación formalista en la que el poder público se limitaría a lo definido como jurídicamente vinculante. En las esferas supra e internacional esta aproximación dejaría fuera formas de actuación con un creciente impacto. Aho-

¹⁸ *Idem*.

ra bien, es importante tener presentes las diferencias que subyacen desde un punto de vista conceptual al englobar nociones de autoridad diversas y los riesgos de un tratamiento unitario. Por ejemplo, el ejercicio de autoridad pública internacional podría implicar o no la existencia de un deber de obediencia, según los casos. La definición de autoridad desde un punto de vista descriptivo no da cuenta de la existencia de una obligación, sino sólo del hecho fáctico del cumplimiento.

En segundo lugar, ¿cómo debe entenderse la *capacidad de determinación* desde un punto de vista fáctico? En el texto se ofrecen algunos ejemplos, como los estándares de la OCDE para evitar la doble imposición o los informes PISA en materia de educación.¹⁹

Ahora bien, la construcción del concepto de autoridad pública requeriría poder concretar cuándo la capacidad de determinación es “suficiente” para hablar de ejercicio de autoridad pública. Algunos Estados podrían decidir seguir los estándares o recomendaciones establecidos por instituciones internacionales, mientras que otros no. O podrían seguirlos sólo en parte; o hacerlo en alguna ocasión, pero no en otras. ¿Cuáles serían los criterios relevantes? ¿Qué tipo de indicadores deberíamos tomar en consideración para su evaluación? Y al final, ¿cómo distinguir el ejercicio de autoridad de la persuasión o la mera influencia?

El autor declara que “existe condicionamiento cuando un acto presiona a otro sujeto a hacer o abstenerse de hacer algo y cuando esta presión sólo puede ser resistida con dificultad”.²⁰ Ahora bien, esa dificultad puede ser definida desde perspectivas distintas (económica, política, social), y admite grados.

A continuación se hace referencia a los motivos por los que un Estado puede decidir seguir los estándares o directrices no vinculantes establecidos a nivel internacional, como por ejemplo que los beneficios del cumplimiento superen los perjuicios del incum-

¹⁹ Véase, Bogdandy, Armin, von *et al.*, *op. cit.*, nota 12.

²⁰ Bogdandy, Armin von, en este volumen.

plimiento; o que existan mecanismos para imponer sanciones o repartir beneficios; o como consecuencia del poder comunicativo de actos de las instituciones internacionales.

Los motivos por los que los Estados deciden acomodar su actuación a las directrices establecidas a nivel internacional pueden ser de muy diverso tipo. Entonces, en la medida en que los motivos se consideren relevantes para la construcción del concepto de autoridad pública internacional, debería concretarse qué tipo de motivos serían relevantes para distinguir entre autoridad y otras formas de influencia o persuasión.

En tercer lugar, el carácter “público” del ejercicio de autoridad se define desde la *previa atribución competencial para cumplir con una tarea pública por parte de actores públicos*. El autor reconoce el carácter formalista de esta definición de lo “público”, que por otro lado podría dejar fuera actores informales. Por ejemplo, las redes transnacionales pueden existir en el marco de organizaciones internacionales, acuerdos gubernamentales o desarrollarse espontáneamente.²¹ La noción de lo público ha recibido mayor desarrollo en trabajos anteriores, tanto desde la perspectiva del interés público, como de los actores que ejercen autoridad pública internacional.²² Explícitamente se incluyen entes formales e informales, desde organizaciones internacionales con personalidad jurídica propia, a redes transnacionales.²³

En cualquier caso, sin cuestionar ahora la manera como se delimita el ámbito de lo público, nos podemos plantear las implicaciones de la conceptualización de la autoridad pública internacional a partir de una previa atribución competencial por parte de los Estados desde la perspectiva del principio de soberanía estatal.

²¹ Slaughter, Anne-Marie, *op. cit.*, nota 9, pp. 45-49, indica como el G8 o el Comité de Basilea, aunque no se basen en ningún tratado, han adquirido cierta estabilidad e influencia.

²² von Bogdandy, Armin, et al., “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, *German Law Journal*, vol. 9, núm. 11, 2008, pp. 1383-1386.

²³ *Ibidem*, p. 1385.

Podría argumentarse que en tanto que es el propio Estado el que consiente a sujetarse al poder ejercido por otros, el poder público internacional no sería “unilateral”, sino previamente aceptado por el Estado. Además, el consentimiento podría ser revocado. Podría concluirse entonces que pervive el principio de soberanía estatal como fuente última de poder.

Sin embargo, como se argumentaba al inicio de esta sección, como consecuencia de la descentralización del ejercicio del poder público en múltiples esferas, que escapan al control de los órganos estatales, y el impacto en normas y políticas internas, la soberanía no puede seguirse entendiendo del mismo modo.²⁴ La fuente originaria del poder puede seguir hallándose en el Estado,²⁵ pero se menoscaba su autonomía para la definición de las propias políticas públicas y el contenido del derecho aplicable internamente.²⁶ El argumento que sostiene que el Estado sigue siendo el soberano sobre la base del consentimiento apunta a una noción reduccionista de la soberanía en la medida en que una vez operada la transferencia de poderes a través de la creación de instituciones internacionales, el poder ejercido escapa al control del Estado.

Esto no significa que los Estados desaparezcan y sean sustituidos por instituciones supra e internacionales. En gran medida, son

²⁴ See Walker, N. (ed.), *Sovereignty in Transition. Essays in European Law*, Portland, Hart Publishing, 2006.

²⁵ De hecho, von Bogdandy, en este volumen, admite que “La soberanía estatal se caracteriza por el poder de definir las competencias (*Kompetenz-Kompetenz*), en otras palabras, por ser el poder soberano originario y por tener la capacidad de recurrir a mecanismos de coacción, y, particularmente en Alemania, a una identidad colectiva y a una solidaridad establecida.”

²⁶ Un ejemplo claro es el de la UE. Aunque pueda argumentarse que en la medida en que cada Estado consintió a la transferencia de acuerdo con la propia Constitución, se salvaguarda la soberanía del Estado, en realidad los poderes transferidos se regulan en el texto de los Tratados de la UE y son ejercidos por las instituciones europeas. Los Estados están obligados a aplicar el derecho europeo cuya aprobación no requiere unanimidad en un número creciente de materias. Además, aunque por primera vez en el tratado de Lisboa se prevea la posibilidad de separación de la UE, los costes políticos y económicos lo hacen bastante impracticable.

los propios Estados los que promueven el desarrollo del derecho internacional en sus múltiples formas. Sassen declara que la soberanía, más que erosionarse como consecuencia de la globalización y las organizaciones supranacionales, se transforma.²⁷ Se quiebra la correspondencia entre soberanía —como el ámbito de poder estatal— y el territorio nacional; a su vez, el ejercicio del poder público se desplaza hacia otras esferas.

III. TRES PRINCIPIOS FUNDAMENTALES A TRES NIVELES

El núcleo del artículo se ocupa de identificar los tres principios fundamentales que se consideran esenciales para la legitimidad del poder público ejercido a nivel nacional, supranacional e internacional. Esos tres principios son: democracia, Estado de derecho y protección de los derechos humanos.

Para identificarlos, el autor declara basarse en el derecho positivo y la jurisprudencia. Con gran elegancia estructural, examina la proyección *ad intra* y *ad extra* de cada uno de ellos, es decir su proyección hacia el interior de cada una de esas esferas, y desde esa esfera hacia las otras dos. A continuación se pondrán de relieve dos ausencias y lo que podría ser un “convidado de piedra”.

1. Principio de Estado social

Siguiendo el método que emplea el autor para la identificación de los principios fundamentales, podríamos concluir que el principio de Estado social debería incluirse entre los principios fundamentales.

El principio de Estado social se formula en la Ley Fundamental de Bonn [artículo 20(1)], así como en las constituciones de diversos Estados miembros de la UE. Además, precisamente en el caso de Alemania, la Ley Fundamental de Bonn proyecta el

²⁷ Sassen, Saskia, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, Nueva York, Columbia University Press, 1996, pp. 29-31.

principio de Estado social hacia la UE y exige su salvaguardia [artículo 23(1)].

Desde la perspectiva de la UE, son diversas las referencias a aspectos vinculados con el Estado social en los artículos 2 y 3 TUE. El artículo 2 TUE se refiere a los valores comunes a los Estados miembros, en una sociedad caracterizada por la justicia y la solidaridad, entre otros. El artículo 3 TUE, apartado primero, establece entre las finalidades de la Unión promover el bienestar de sus pueblos. El apartado tercero proclama que “La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”. A continuación establece que “La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros”. Además, el apartado quinto del artículo 3 TUE, que se refiere a las relaciones de la UE con “el resto del mundo”, establece que la Unión contribuirá a la solidaridad entre los pueblos y la erradicación de la pobreza.

En particular, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el Tratado de Lisboa reconoció fuerza jurídica vinculante, incluye en el Título IV, denominado “Solidaridad”, un conjunto de derechos sociales. Por ejemplo, el derecho de negociación y de acción colectiva, la protección en caso de despido injustificado, la seguridad social y ayuda social, la protección de la salud, la protección del medio ambiente y la protección de consumidores. Su eficacia, no obstante, está matizada por las referencias constantes a la legislación europea o nacional.²⁸

En el derecho internacional público, el principio de justicia social también está presente, así como el reconocimiento de dere-

²⁸ Diversos preceptos están inspirados en la *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores* adoptada en 1989, y que establece los grandes principios sobre los que se basa el modelo europeo de derecho laboral e incluye un conjunto de derechos sociales.

chos sociales.²⁹ La Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado en 1966, y en vigor desde 1976, incluye, entre otros, el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social, y a la vivienda. El rol del PIDESC y sus mecanismos de garantía se han intensificado a lo largo del tiempo.³⁰

En 1985 se estableció el Comité de DESC con la función de supervisar el cumplimiento del PIDESC por parte de los Estados. Su funcionamiento estaba basado en los informes remitidos por los Estados. El Protocolo Facultativo al Pacto, adoptado en 2008, previó también la presentación de comunicaciones individuales, y por lo tanto ha reforzado el régimen de protección y control de estos derechos.³¹

Además, existen organizaciones internacionales creadas en ámbitos específicos vinculados a derechos sociales, como la Or-

²⁹ Eide, Asbjorn *et al.*, *Economic, Social and Cultural Rights*, Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.

³⁰ Shany, Yuval, “Stuck in a Moment in Time: The International justiciability of Economic, Social and Cultural Rights”, en Barak-Erez, Daphne y Gross, Aeyal M., *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice*, Portland, Hart Publishing, 2007, defiende que los DESC son justiciables a nivel internacional y que pueden ser aplicados por tribunales internacionales.

³¹ Cascajo Castro, José Luis, “Una voz para la integración latinoamericana a través del derecho: los derechos sociales”, p. 554. Sobre la interdependencia entre ambos, antes de la adopción del Protocolo facultativo, Scott, Craig, “The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 27, núm 4, 1989.

ganización Internacional del Trabajo (OIT); o la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO).

A nivel regional, en el seno del Consejo de Europa, se firmó la Carta Social Europea en 1961 (revisada en 1996). Entre los derechos incluidos se encuentran el derecho al trabajo, a unas condiciones de trabajo equitativas, a la seguridad e higiene en el trabajo, al derecho sindical, y el derecho a la seguridad social. La Carta Social Europea goza de un mecanismo de control a través del Comité Europeo de Derechos Sociales, cuya función es supervisar que la legislación y práctica de los Estados sean conformes con la Carta. Ahora bien, no tiene carácter judicial y sus decisiones no son vinculantes. El Protocolo Adicional adoptado en 1996 introdujo un nuevo procedimiento de demanda colectiva, que permite que determinados grupos, como sindicatos u organizaciones no gubernamentales presenten sus quejas ante el Comité.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en ocasiones ha protegido derechos sociales a través de su vinculación con derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³² y ha proclamado el principio de indivisibilidad e interdependencia.³³ Por ejemplo, ha protegido derechos de asistencia social y médica a través de la vinculación con el derecho a la propiedad (artículo 1o., Protocolo 1), a la vida (artículo 2o.), la prohibición de trato inhumano o degradante (artículo 3o.), el respeto de la vida privada y familiar (artículo 8o.), o la no discriminación (artículo 14).³⁴ También ha protegido el derecho

³² Brems, Eva, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, en Barak-Erez, Daphne y Gross, Aeyal M., *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice*, Portland, Hart Publishing, 2007.

³³ *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979, par. 26: “Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature... there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention.”

³⁴ Véanse las sentencias citadas en Gómez Heredero, Ana, “Social Security as a Human Right. The Protection afforded by the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Files*, núm. 23, Council of Europe Publishing, 2007.

a la salud medioambiental por su conexión con la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH).³⁵ Recientemente, se han planteado diversos casos ante el TEDH en relación con el derecho a la vivienda frente a órdenes de desahucio.³⁶ Aunque éste no es un derecho reconocido en el CEDH, se ha alegado la vulneración de los artículos 3o. y 8o. CEDH. Por ejemplo en *Ceesay Ceesay y otros c. España*, el TEDH dictó una medida cautelar para detener el proceso de desahucio.

En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, realizada en Bogotá en 1948, ya incluyó derechos sociales, como la preservación de la salud y el bienestar o el derecho a la seguridad social. No obstante, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se limitó al reconocimiento de derechos civiles y políticos. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha sido ajena a derechos sociales. Con fundamento en el artículo 26 CIDH ha proclamado el deber de los Estados de realizar una aplicación progresiva de los derechos sociales, especialmente para grupos vulnerables.³⁷ Además, ha protegido derechos sociales indirectamente a través de la protección de derechos civiles sobre la base de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, como por ejemplo el derecho a la salud vinculado al derecho a la integridad personal; o el derecho a la seguridad social, en conexión con el derecho a la propiedad privada. Por su parte, el Protocolo de San Salvador, adoptado en 1988, reconoce un conjunto de derechos sociales,

³⁵ *Powell y Rayner c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1990; *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994, para. 54-55; *Moreno Gómez c. España*, de 16 de noviembre de 2004, para. 59; *Giacomelli c. Italia, Italy*, de 2 de noviembre de 2006, para. 92-93.

³⁶ *Mohamed Raji y otros c. España*, presentada el 15 de enero de 2013 (núm. 3537/13); *A.M.B. y otros c. España*, presentada el 6 de diciembre de 2012 (núm., 77842/12), pendientes de resolución.

³⁷ Piovesán, Flavia, “Protección de los derechos sociales en el ámbito global y regional interamericano”, en Saiz Arnaiz, Alejandro et al. (coord.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Oñati, IVAP, 2011, pp. 569-570.

como el derecho al trabajo, derechos sindicales, derecho a la seguridad social, derecho a la salud, a un medio ambiente sano, y a la educación.³⁸

En resumen, el principio de Estado social se formula en las tres esferas, nacional, supranacional e internacional, y en su relación recíproca. Precisamente a nivel internacional, puede observarse una progresiva tendencia al fortalecimiento de los mecanismos de supervisión del respeto de los derechos sociales. La crisis económica actual que sufre Europa ha implicado uno de los mayores retos para el Estado social. El recorte de derechos sociales a nivel nacional ha incentivado el recurso a instancias internacionales. Así, la ausencia del principio de justicia social entre los principios fundamentales del poder público internacional es difícilmente justificable.

2. Principio de competencia

El principio de competencia puede entenderse desde una perspectiva horizontal (competencia del órgano) o vertical (competencia del ente).³⁹ El principio de competencia establece el poder de un órgano o ente sobre una materia. Como declara von Bogdandy, “las teorías sobre las competencias constituyen un elemento central de toda teoría del derecho público”.⁴⁰ En el contexto multinivel, el principio de competencia, especialmente en su dimensión vertical, adquiere una relevancia fundamental.

De hecho, el autor se refiere en diversas ocasiones al principio de competencia en el marco del principio del Estado de derecho. Por ejemplo, al examinar los principios establecidos en la Ley Fundamental de Bonn, declara que el principio de Estado de de-

³⁸ *Ibidem*, pp. 567-571.

³⁹ von Bogdandy, “Conceptos básicos de una doctrina de la competencia del ente supranacional”, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 364.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 363

recho se concreta a partir de la regulación de competencias, que a su vez es expresión del principio de separación de poderes. En su proyección hacia las autoridades supra e internacionales, declara que “una organización internacional no debe exceder el mandato democráticamente legitimado que se le haya encomendado; esto explica el rol central de las doctrinas sobre las competencias. Además, la transferencia de competencias no debe afectar la estructura fundamental de la Constitución”.⁴¹ En el ámbito de los principios fundamentales de la UE, declara que “Las disposiciones detalladas sobre las competencias de la UE son muy importantes, tanto para el principio democrático como para el Estado de derecho”.⁴²

Especialmente en el contexto de la Unión Europea, la centralidad del principio de competencia es incuestionable. Además, ha sido la fuente de uno de los principales conflictos constitucionales protagonizados por el Tribunal Constitucional federal alemán que reclamó la función de guardián último del principio de atribución de competencias (*Kompetenz-Kompetenz*). En la sentencia sobre el Tratado de Maastricht, confirmada por la sentencia sobre el Tratado de Lisboa, el Tribunal Constitucional declaró su poder para controlar la ejecución de la normativa europea en caso de extralimitación competencial (*ultra vires*).⁴³

⁴¹ von Bogdandy, en este volumen.

⁴² *Idem*. En un anterior artículo, von Bogdandy, “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales”, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, cit., pp. 173-177, incluía los principios del orden competencial.

⁴³ MacCormick, Neil, “The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now”, *European Law Journal*, núm. 1, 1995; Grimm, Dieter, “The European Court of Justice and National Courts: the German Constitutional Perspective after the Maastricht Decision”, *Columbia Journal of European Law*, 1997, núm. 3, pp. 235-238; Tomuschat, Christian, “Lisbon-Terminal of the European Integration Process? The Judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009”, *Heidelberg Journal of International Law*, núm. 70, 2010; González Pascual, Maribel, “El Tribunal Constitucional Federal alemán ante la integración europea: últimas aportaciones”, en Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio, y Jáuregui Bereciartu, Gurutz, *Derecho Constitucional europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 279-280, 289.

Así, en el texto se reconoce la relevancia del principio de competencia, pero no se le otorga un trato individualizado como principio fundamental. Ahora bien, dada su relevancia para el ejercicio del poder público en todos los niveles, su ausencia resulta llamativa. Además, desde el punto de vista relacional, adquiere especial importancia en el marco multinivel, en el que la operatividad del principio de jerarquía es limitada. El principio de competencia es el fundamento mismo del poder público, condición de validez de las normas y al final de la legitimidad de su ejercicio.

3. Principio democrático

Finalmente, podría problematizarse la inclusión del principio democrático como parámetro de legitimidad de la autoridad pública supra e internacional. En el seno de la UE, el principio democrático se proclama como uno de los valores que fundamentan la Unión en el artículo 2 TUE.⁴⁴ Ahora bien, pese al fortalecimiento progresivo del Parlamento europeo que culmina con Lisboa, todavía pervive la crítica al déficit democrático de la UE. El déficit democrático no sólo deriva del hecho de que el Parlamento no sea la principal institución en la producción de normas, sino que es más profundo y tiene que ver con la posibilidad de construir un sistema democrático más allá del Estado, con la ausencia de una comunidad política que comparta una identidad colectiva o *demos* europeo, de partidos políticos de ámbito europeo, y de un espacio público en el que se desarrolle un debate transnacional sobre temas de interés general.⁴⁵

⁴⁴ Sobre los valores del artículo 2 como principios, véase von Bogdandy, Armin, *op. cit.*, nota 42.

⁴⁵ Grimm, Dieter, "Does Europe Need a Constitution?", *European Law Journal*, núm. 1, 1995, pp. 292-297; Habermas, Jürgen, "Comment on the paper by Dieter Grimm: Does Europe need a Constitution?", *European Law Journal*, núm. 1, 1995, pp. 305-307; Curtin, Deirdre, M., *Postnational Democracy. The European Union in search of a Political Philosophy*, The Hague, Kluwer, 1997, pp. 56-61.

La consideración del principio democrático como principio fundamental del derecho internacional público y de las organizaciones internacionales plantea todavía mayores dificultades. Von Bogdandy reconoce esas dificultades, en tanto que el principio democrático ni se formula claramente como principio del derecho internacional público, ni tampoco se proyecta hacia los Estados,⁴⁶ o las organizaciones internacionales. Sin embargo, argumenta que aunque no se exija un funcionamiento democrático a las organizaciones internacionales, se han formulado otros criterios de legitimidad vinculados a la democracia, como la rendición de cuentas (*accountability*). Ahora bien, precisamente la formulación de mecanismos de legitimidad alternativos muestra la dificultad de trasladar ese principio al ámbito internacional.

El principio democrático puede ser una aspiración a nivel internacional, y podría abogarse por la necesidad de establecer mecanismos que garanticen la legitimidad democrática de las decisiones que se toman en las esferas internacionales, pero es arriesgado afirmar que en el contexto actual es un principio fundamental del derecho internacional. Proclamarlo como principio fundamental del ejercicio del poder público internacional, y por lo tanto como condición de legitimidad, podría tener consecuencias no deseables: o adoptar una versión demasiado débil de la democracia, o concluir que el poder ejercido por organizaciones internacionales debería calificarse como ilegítimo.

Desde la perspectiva del modelo de democracia representativa, el problema reside en la globalización misma, como proceso de des-nacionalización, y al final la ruptura del paradigma de la soberanía nacional.⁴⁷ El modelo de legitimidad democrática sobre la base del consentimiento popular presupone un pueblo que se autogobierna y determina su propio futuro dentro de los límites

⁴⁶ La Carta de las Naciones Unidas se limita a exigir a sus Estados miembros que sean, de conformidad con el artículo 4(1), “amantes de la paz”.

⁴⁷ Torres Pérez, Aída, *op. cit.*, nota 2, p. 19.

territoriales del Estado.⁴⁸ Sin embargo, como consecuencia de la globalización, no todo el poder que se ejerce en el Estado deriva de fuentes estrictamente nacionales.⁴⁹ La producción del derecho se produce en una pluralidad de foros más allá del Estado.⁵⁰ El hecho de que estos procesos no respondan al modelo democrático clásico no significa que las normas aprobadas y otras formas de toma de decisiones transnacionales sean ilegítimas. Un concepto de legitimidad que presupone la unidad entre Estado-poder-nación no puede ser transferido a la esfera internacional. Por el contrario, es necesario revisar las fuentes de legitimidad a la luz de las formas de ejercicio del poder en un mundo globalizado.⁵¹

Desde la perspectiva de la filosofía política, diversos autores han formulado modelos democráticos alternativos aplicables a la esfera internacional⁵² como la democracia deliberativa⁵³ o la democracia cosmopolita.⁵⁴ Desde distintas perspectivas, la “accountability” de los actores que participan en el ejercicio del poder público se considera esencial para la garantía de la legitimidad de la producción del derecho a nivel internacional.⁵⁵ En esta línea, algunos insisten en la necesidad de establecer mecanismos para

⁴⁸ Independientemente de los retos que implica la globalización, el ideal de democracia representativa ha sido cuestionado desde una perspectiva descriptiva y normativa, y se han propuesto modelos alternativos de democracia, como por ejemplo, pluralista, elitista competitiva o neocorporativista, véase Held, David, *op. cit.*, nota 8.

⁴⁹ MacCormick, Neil, “Beyond the Sovereign State”, *Modern Law Review*, 1993, núm. 56, p. 16.

⁵⁰ Held, David, “Democracy and the New International Order”, en Archibugi, Daniele y Held, David (eds.) *Cosmopolitan Democracy*, 1995, p. 99.

⁵¹ Torres Pérez, Aída, *op. cit.*, nota 2, pp. 19-20.

⁵² Held, David, *op. cit.*, nota 50, pp. 96-97.

⁵³ Curtin, Deirdre, *op. cit.*, nota 45; Steffek, Jens, *op. cit.*, nota 15, p. 271.

⁵⁴ Held, David, *op. cit.*, nota 49, pp. 106-117

⁵⁵ Slaughter, Anne-Marie, “The Accountability of Government Networks”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2001, núm. 8, p. 347; Delbruck, Jost, *op. cit.*, nota 3, p. 42; Kingsbury, Benedict *et al.*, *op. cit.*, nota 6, p. 17.

garantizar la transparencia,⁵⁶ y participación⁵⁷ en los procesos de toma de decisiones más allá del Estado.⁵⁸ La revisión judicial, ya sea nacional, supranacional o internacional, es también un importante mecanismo de control.⁵⁹ Además, el conocimiento técnico especializado (*expertise*), y sobre todo la efectividad de la regulación internacional para alcanzar resultados específicos puede contribuir a la legitimidad desde la perspectiva del resultado (*output legitimacy*).⁶⁰ Al final, la legitimidad puede derivarse de la combinación de diversas fuentes. La diversificación de las formas de autoridad puede requerir también formas y estrategias diversas para garantizar su legitimidad.⁶¹

IV. PLURALISMO Y DIÁLOGO

Como indica von Bogdandy, el hecho de que las esferas nacional, supranacional e internacional compartan los tres principios que se identifican como fundamentales, no significa que sean entendidos del mismo modo. Por ejemplo, las tres esferas comparten el principio de protección de derechos, pero un mismo derecho puede ser interpretado de manera distinta por el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el TEDH. Surge la pregunta sobre cómo resolver los potenciales conflictos, que no son tanto conflictos directos entre principios, sino en su manifestación a través del derecho positivo o la jurisprudencia, o de manera más amplia, de la actividad de las instituciones que ejercen poder público.

⁵⁶ Slaughter, Anne-Marie, *op. cit.*, nota 9, pp. 235-237.

⁵⁷ Shapiro, Martin, “Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2001, núm. 9, p. 374

⁵⁸ Kingsbury, Benedict, *et al.*, *op. cit.*, nota 6, pp. 34-39.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁰ Delbruck, Jost, *op. cit.*, nota 3, pp. 42 y 43.

⁶¹ *Ibidem*, p. 43.

1. *Pluralismo*

Compartimos el rechazo del monismo y el dualismo como construcciones doctrinales para la articulación entre ordenamientos en el escenario actual.⁶² Estas teorías han dejado de ser útiles para enfrentarnos a una realidad en la que la línea divisoria entre lo nacional, lo supranacional y lo internacional es cada vez más difusa, y en la que se cuestiona el principio de jerarquía.

En la literatura académica se ha desarrollado una línea de investigación que propone el pluralismo como modelo alternativo para conceptualizar la relación entre ordenamientos jurídicos distintos. La formulación inicial del modelo pluralista aplicado a la UE corresponde en gran medida a MacCormick.⁶³ Posteriormente, se han formulado tesis pluralistas diversas, así como aproximaciones alternativas.⁶⁴

⁶² Bogdandy, Armin von, “Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law”, *ICON*, 2008, núm. 6, p. 400, califica el monismo y el dualismo de zombies intelectuales.

⁶³ MacCormick, Neil, *op. cit.*, nota 43, pp. 264 y 265; MacCormick, Neil, “Risking Constitutional Collision in Europe”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 18, 1998, pp. 528-532; MacCormick, Neil, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European commonwealth*, Oxford, OUP, 1999, pp. 117-121, después de defender un pluralismo radical, se decantó por un modelo pluralista bajo el derecho internacional, en el que los potenciales conflictos deben someterse a mecanismos de resolución en el marco del derecho internacional.

⁶⁴ Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *The Modern Law Review*, núm. 65, 2002; Maduro, Miguel P., “Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action”, en Walker, Neil, *Sovereignty in Transition*, Oregon, Hart Publishing, 2006; Bustos Gisbert, Rafael, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, IVAP, Oñati, 2005; Torbisco, Neus, “Beyond Unity and Coherence: the Challenge of Legal Pluralism in a Post-National World”, *Revista Jurídica UPR*, núm. 77, 2008; Krisch, Nico, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, OUP, 2010; Kumm, Matthias, “The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty”, *European Law Journal*, núm. 11, 2005; Martinico, Giuseppe, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process*, Oxon, Routledge, 2013; Pernice, Ingolf, “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?”, *Common Market Law Review*, núm. 36, 999;

A grandes rasgos, en un modelo pluralista coexisten un conjunto de ordenamientos jurídicos, distintos pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas.⁶⁵ La falta de jerarquía entre las normas fundacionales de los sistemas jurídicos que interactúan en un mismo ámbito espacial no es un defecto a superar, sino una característica básica del modelo.

Podría reconocerse valor descriptivo al pluralismo, pero al mismo tiempo abogar por la recuperación de un modelo jerárquico. Las dificultades para formular una alternativa clara al modelo de Estado soberano constitucional pueden llevar a intentar explicar y reconstruir esta nueva realidad a través de categorías conocidas.⁶⁶ Ahora bien, el pluralismo constitucional no sólo proporciona una mejor explicación de la realidad, sino que se postula como modelo normativo.⁶⁷

Un modelo pluralista con pretensión normativa debe enfrentarse a las objeciones que podrían formularse principalmente desde los riesgos para la coherencia, la seguridad jurídica, la estabilidad, o también para el principio democrático, en tanto que los procesos de creación de normas se descentralizan y se trasladan a contextos alejados de la comunidad política en la que se aplican.⁶⁸

Baquero Cruz, Julio, “The Legacy of the Masstricht-Urteil and the Pluralist Movement”, *European Law Journal*, vol. 14, núm. 4, 2008; Eeckhout, Piet, “Human Rights and the Autonomy of EU Law: Pluralism or Integration?”, *Current Legal Problems*, 2013.

⁶⁵ MacCormick, Neil (1999), *op. cit.*, nota 63, p. 104: “Where there is a plurality of institutional normative orders, each with a functioning constitution (at least in the sense of a body of higher-order norms establishing and conditioning relevant governmental powers), it is possible that each acknowledge the legitimacy of every other within its own sphere, while none asserts or acknowledges constitutional superiority over another”.

⁶⁶ Torres Pérez, Aída, “En defensa del pluralismo constitucional”, en Ugarte-mendía Eceizabarrena, Juan Ignacio, y Jáuregui Bereciartu, Gurutz, *Derecho Constitucional europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 165 y 166.

⁶⁷ Maduro, Miguel P., *op. cit.*, nota 64, pp. 522-523; en contraposición Baquero Cruz, Julio, *op. cit.*, nota 64, pp. 417-418.

⁶⁸ Torres Pérez, Aída, *op. cit.*, nota 66, pp. 166-171.

Al final, la propuesta de un modelo pluralista debe responder a la pregunta sobre los valores que lo fundamentan y las razones que lo justifican. Las virtudes del pluralismo pueden estar relacionadas, entre otras, con la flexibilidad, un mayor respeto a la diversidad, la inclusión,⁶⁹ o los límites al poder desde la perspectiva del equilibrio institucional (*checks and balances*).⁷⁰ Al inicio del artículo, von Bogdandy declara que el proceso de apertura puede llevar a una constelación en la que los principios fundamentales gozan de mejor protección que en la constelación nacional por sí sola. La defensa del pluralismo como modelo debería mostrar cómo el marco pluralista contribuye a una mejor realización de esos principios.

2. Diálogo

Bogdandy clasifica las propuestas pluralistas en dos categorías: el pluralismo radical frente al dialogal, y se decanta por la segunda. En el pluralismo radical los conflictos se conciben como conflictos de poder y por lo tanto no pueden ser resueltos desde el derecho. El pluralismo dialogal parte de “la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones usualmente desarrollan relaciones jurídicas estables a pesar de su independencia normativa”.⁷¹

Pero ¿en qué medida, el resultado que observamos es fruto del diálogo, entendido como intercambio de argumentos, y no precisamente de las relaciones de poder? El propio autor reconoce que el concepto de diálogo no está muy elaborado, y distingue el diálogo de la simple interacción.⁷² A nuestro juicio, la invocación del diálogo requiere de una mayor elaboración y justificación. El

⁶⁹ Nico Krisch, *op. cit.*, nota 64, pp. 225-296.

⁷⁰ Torres Pérez, Aída, *op. cit.*, nota 66, pp. 171-177.

⁷¹ Bogdandy, en este volumen.

⁷² Bogdandy declara que el elemento clave para el desarrollo de diálogo entre instituciones es la existencia de una “responsabilidad compartida y asumida para un proyecto común”.

uso prolífico de la noción de diálogo⁷³ ha contribuido a oscurecer su significado. Una teoría robusta de diálogo requiere concretar el concepto de diálogo y su justificación normativa, las pre-condiciones para su desarrollo, los actores, y sus cauces.⁷⁴

Además, el diálogo puede ser especialmente fructífero y adecuado en algunos ámbitos, como es el de los derechos fundamentales, pero no tanto en otros, como la distribución de competencias.⁷⁵ En el contexto europeo, los derechos fundamentales se reconocen en las esferas nacional, supranacional e internacional a través de las respectivas declaraciones de derechos: Constitución, Carta de Derechos Fundamentales de la UE y CEDH. En cada una de esas esferas existe una autoridad con el poder último de interpretación: Tribunal Constitucional, TJUE, y TEDH. Las respectivas declaraciones de derechos se solapan en su ámbito de aplicación, sin que exista una relación jerárquica clara entre las mismas, o entre

⁷³ Entre otros, Maduro, Miguel P., “Las formas del poder constitucional de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, pp. 11, 27, 31; Stone Sweet, Alec, “Constitutional Dialogues in the European Community”, en Slaughter, Anne-Marie *et al.*, *The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, 1998; Slaughter, Anne-Marie, “A Typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, núm. 29, 1994; Cartabia, Marta, “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, *European Constitutional Law Review*, núm. 5, 2009; Burgorgue-Larsen, Laurence, “La formación de un Derecho Constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio, y Jáuregui Bereciartu, Gurutz, *Derecho Constitucional europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; García Roca, Javier, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012; Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa y UNAM, 2012; Ferrer Mac-Gregor y Herrera García, Alfonso (eds.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

⁷⁴ Bustos Gisbert, Rafael, “XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derechos Constitucional*, núm. 95, 2012; Torres Pérez, Aida, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, OUP, 2009, pp. 97-140.

⁷⁵ González Pascual, Maribel, *op. cit.*, nota 43 p. 283.

los tribunales encargados de su interpretación. En este contexto, el diálogo puede proporcionar un modo de interacción para evitar o resolver los potenciales conflictos interpretativos. Además, una interpretación uniforme no es siempre la única solución posible y deseable, sino que pueden existir espacios para la diversidad. Por el contrario, la distribución competencial se contiene en el texto de los Tratados de la UE, cuyo intérprete último es el Tribunal de Justicia de la UE, y requiere una interpretación unívoca.

El diálogo puede definirse como el intercambio de argumentos con la finalidad de alcanzar un acuerdo interpretativo. Para que el diálogo no quede reducido a un monólogo, requiere reciprocidad.⁷⁶ En el contexto de los derechos fundamentales, el diálogo entre jueces puede promover resultados interpretativos mejor razonados y adaptados al contexto en el que se aplicarán; promueve la participación de actores diversos en la actividad interpretativa, de modo que la construcción del significado de los derechos a través del diálogo puede contribuir a percibir el resultado como el producto de una actividad colectiva. Finalmente, el diálogo ofrece un modelo para gestionar potenciales conflictos consistente con el marco pluralista, en el que no existe una autoridad última. El modelo dialogal reconoce la pluralidad de voces, impulsa la participación en el proceso interpretativo y es capaz de acomodar mejor las reclamaciones de diversos niveles de gobierno.⁷⁷

El diálogo judicial no determina un resultado sustantivo de antemano, ni resuelve los conflictos interpretativos de una vez por todas, sino que se desarrolla de manera fragmentaria, en tanto que el intercambio de argumentos entre tribunales nacionales y supranacionales se realiza caso por caso. Así, el diálogo debe concebirse desde una perspectiva diacrónica. El resultado interpretativo no permanece fijo, sino que siempre existe la oportunidad de redefinir la interpretación previa a la luz de nuevos y mejores argumentos. La ausencia de una autoridad última, por un lado, y

⁷⁶ Rosas, Allan, “The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm. 2, 2007.

⁷⁷ Torres Pérez, Aída, *op. cit.*, nota 74, pp. 109-117.

el respeto y reconocimiento mutuo en un contexto de interdependencia, por el otro, proporcionan incentivos para el diálogo y la búsqueda de soluciones compartidas.⁷⁸ Al final, la propuesta del diálogo como forma de interacción entre tribunales u otros actores requiere considerar su potencial y sus límites.

V. CONCLUSIONES

La progresiva europeización e internacionalización del ejercicio del poder público implica transformaciones tanto a nivel interno como internacional. Estas transformaciones exigen revisar construcciones doctrinales formuladas sobre la base del Estado-nación y el principio de soberanía nacional. El artículo del Profesor von Bogdandy abre nuevos caminos y contribuye a avanzar en la construcción doctrinal en tres ámbitos esenciales: el concepto de autoridad pública internacional; la identificación de los principios fundamentales como parámetro de legitimidad, y el pluralismo como marco para la interacción en términos de diálogo.

Los comentarios formulados pretenden problematizar algunos aspectos con la voluntad de contribuir al debate sobre el ejercicio del poder público en el escenario multinivel. Una teoría sobre la legitimidad del poder público y sus límites debe enfrentarse a la fragmentación del poder en esferas diversas y concebir el ejercicio de poder público por instituciones nacionales, supranacionales e internacionales como un continuo. Sin embargo, esto no implica que el mismo parámetro de legitimidad sea aplicable a todos los actos de autoridad. Dada la diversidad de instituciones internacionales y otras formas de actuación supra, inter y transnacional los problemas de legitimidad y las estrategias adecuadas para darles respuesta podrían variar. Finalmente, la adopción del pluralismo dialogal como modelo para la interacción entre ordenamientos requiere establecer claramente los mecanismos de cooperación y control mutuo entre las instituciones que ejercen poder público en las diversas esferas, lo que es todavía tarea pendiente.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 111 y 112.