

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES A LA LUZ DE LA APERTURA DEL ESTADO: UN ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA ALEMANA*

Armin von BOGDANDY

SUMARIO: I. *Los principios fundamentales como área de investigación hoy en día.* II. *Tres principios fundamentales y su fundamento jurídico.* III. *Cuestiones relativas al desarrollo de los principios.*

Jorge Carpizo, con la sabiduría, sencillez y generosidad que le caracterizaban, afirmó estar seguro de la vigencia de mis reflexiones sobre un nuevo derecho público no limitado al Estado, sino entendido como disciplina que integra los órdenes nacional, supranacional e internacional. Destacaba que la extensión de estas preocupaciones académicas al ámbito latinoamericano me hacían parte de “nuestra comunidad”, refiriéndose a México.¹ Sus palabras me animan a participar en esta obra con un análisis sobre el fenómeno de la apertura en Alemania, con el propósito de aportar reflexiones útiles para el debate sobre esta temática en México, y, quizá, en otros países latinoamericanos. Agradezco a Héctor Fix-Fierro y Miguel Carbonell la gentil invitación para sumarme a este homenaje a un personaje de la talla de Jorge Carpizo. Para mí constituye un gusto y una especial satisfacción hacerle honor planteando la relevancia de que la actuación de toda autoridad pública debe estar guiada por los principios fundamentales de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos, como lo defendía con profunda convicción el colega y amigo Jorge Carpizo.

* Este ensayo ha sido escrito para Kirchhof, Paul y Isensee, Josef (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. XI, por lo cual explica la orientación hacia la literatura jurídica alemana. Sobre su recepción, *cf.* Steinbeis, Max, “Man kann nicht dauernd die halbe welt für verfassungswidrig erklären”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Frankfurt, 7 de mayo de 2013, p. 25. Agradezco a Christoph Krenn, Michael Ioannidis y Dana Schmalz su valiosa ayuda en la elaboración de este artículo. La traducción al castellano fue elaborada por Ximena Soley Echeverría.

¹ Carpizo, Jorge, “Prólogo”, en Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. X y ss.

I. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES COMO ÁREA DE INVESTIGACIÓN HOY EN DÍA

1. *El surgimiento de un nuevo derecho público*

Hasta hace poco tiempo, el fenómeno de la autoridad pública se limitaba a las instituciones del Estado. Hoy en día la situación es distinta. La convivencia social se ve afectada de manera significativa por instituciones supranacionales e internacionales, probablemente en Alemania mucho más que en México, ya que este país es miembro de la Unión Europea. Aunado a esto, existe una apertura sin precedentes hacia los actos soberanos de otros Estados. Esta europeización e internacionalización ha cambiado profundamente el derecho público en el territorio alemán. El presente ensayo estudia este cambio haciendo un análisis de los principios fundamentales que permean e informan todo el derecho público vigente en Alemania. Pretende demostrar que el proceso de apertura puede llevar a una constelación en la cual los principios fundamentales gozan de mejor protección que en la constelación nacional por sí sola.

Al mismo tiempo este texto ofrece poco conocimiento firme y seguro debido al estado actual de la materia. Estamos siempre ante un nuevo inicio, como lo comprueban las muchas propuestas terminológicas para abarcar este nuevo fenómeno, éstas son, entre otras: derecho de la humanidad,² derecho cosmopolita,³ derecho global,⁴ derecho mundial,⁵ derecho mundial

² Una propuesta muy temprana en Jenks, Clarence Wilfred, *The Common Law of Mankind*, Londres, Stevens & Sons, 1958; Tomuschat, Christian, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law", *Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Países Bajos, vol. 281, 2001, p. 88 ("constitution of humankind").

³ Benhabib, Seyla, "The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms", en Benhabib, Seyla y Robert Post (eds.), *Another Cosmopolitanism*, Oxford, Oxford University, The Berkeley Tanner Lectures, 2006, p. 13; Brunkhorst, Hauke, *Solidarität: Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 2002. Como concepto filosófico Kant, Immanuel, Zum, "Ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf", en Vorländer, Karl (ed.), *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, 1964, pp. 115 (133 y ss.).

⁴ Domingo, Rafael, *The New Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Cassese, Sabino, "The Globalization of Law", *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 37, 2005, p. 973.

⁵ Delmas-Marty, Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, París, Le Seuil, 1998; Emmerich-Fritsche, Angelika, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2007; Di Fabio, Udo, "Verfassungsstaat und Weltrecht", *Rechtstheorie*, vol. 39, núm. 2-3, 2008, p. 399.

interno (*Weltinnenrecht*),⁶ derecho transnacional.⁷ Tal cacofonía es síntoma de incertidumbre. Además, dichas propuestas al día de hoy son sólo eso, propuestas. No han sido desarrolladas, y seguramente no están en capacidad de guiar al razonamiento jurídico concreto en la complejidad de nuestro mundo. Sin duda alguna, hay una carencia de textos jurídicos que den un orden al vastísimo material normativo y una orientación a los operadores jurídicos; es decir, faltan doctrinas fuertes. Esto también es cierto para el derecho público en el espacio jurídico europeo.⁸ No hay una doctrina, un sistema, o un gran tratado de este nuevo derecho público que pueda guiar a la práctica y que sea de alguna manera comparable a la doctrina del derecho del Estado, o del derecho público, las cuales han sido desarrolladas en los últimos cien años en muchos Estado europeos. La producción de semejantes textos parece estar más allá de nuestras posibilidades, o por lo menos más allá del horizonte de nuestro tiempo. Una doctrina de este tipo ni siquiera existe para el mucho mejor delimitado derecho internacional:⁹ no por casualidad la *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* es eso, una enciclopedia, con 11.724 páginas, 1.618 entradas y más de 800 autores todos con ideas muy distintas, y no constituye un “sistema”, es decir, un orden complejo articulando todo el material según unos cuantos principios de manera coherente.

La carencia de tales textos no se debe a una falta de interés académico en el asunto. Por ejemplo, los estudiosos del derecho público alemán se han interesado desde siempre por la integración de Alemania en contextos más amplios.¹⁰ El tema ha sido coyuntural desde el cambio de siglo, y existen

⁶ Delbrück, Jost, “Perspektiven für ein ‘Weltinnenrecht’? Rechtsentwicklungen in einem sich wandelnden internationalen System”, en Jickeli, Joachim *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, p. 793; Habermas, Jürgen, *Der gespaltene Westen: Kleine politische Schriften*, 2004, pp. 143, 159 y ss.

⁷ Jessup, Philip C., *Transnational Law*, New Haven, 1956; Zumbansen, Peer, “Transnational Law”, en Smits, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2006, pp. 738 y ss.

⁸ Algunos impulsos en este sentido lo ofrecen la Asociación Europea de Derecho (Societas Iuris Publici Europaei/SIPE) o la European Public Law Association. Sobre las raíces en la historia constitucional, véase Gosewinkel, Dieter y Masing, Johannes, *Die Verfassungen in Europa 1789-1949*, Munich, Beck C. H., 2006.

⁹ Hoy en día una obra monumental de diez volúmenes Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012, pero precisamente enciclopédica, con 11.724 páginas, 1.618 entradas y más de 800 autores, no constituye precisamente un “sistema”.

¹⁰ En este sentido, se pueden mencionar las distintas conferencias sobre el tema de los profesores de los países de habla alemana del derecho de Estado (*Vereinigung der deutschen*

excelentes estudios al respecto.¹¹ A estas alturas del desarrollo, se puede por lo menos afirmar un hecho importantísimo. Con cierta seguridad podemos aseverar, por lo menos en lo que concierne al espacio jurídico europeo, que los principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho, y hasta de la democracia, son relevantes de alguna manera para todo ejercicio de autoridad pública que influya en este espacio.¹² Lo que no se debe olvidar es que esto no es más que otro punto de partida, y en la elaboración de este “de alguna manera” se halla la tarea de generaciones de juristas, politólogos, filósofos políticos.

Ante este trasfondo, el presente artículo explica su entendimiento de esta nueva área de investigación (1), esboza los principios pertinentes (2), y examina su interacción (3). El análisis llevado a cabo se basa en ciertos supuestos desarrollados en estudios anteriores sobre el nuevo derecho público.¹³ Los supuestos se pueden formular de la siguiente manera:

Como consecuencia de la europeización e internacionalización de Alemania, en tanto que Estado miembro de la UE, el derecho público vigente en su territorio ya no se puede entender únicamente a partir de su Constitución, la Ley Fundamental. Más bien, es necesario tomar en cuenta también el derecho de la Unión, el derecho internacional y el derecho de otros Estados, sobre todo el de aquellos que forman parte del espacio jurídico eu-

Staatsrechtslehrer) y los artículos en el Manual del Derecho de Estado (*Handbuch des Staatsrechts*).

¹¹ Tres disertaciones alemanas representativas *cf.* Sauer, Heiko, *Jurisdiktionskonflikte in mehrebenensystemen*, 2008; Payandeh, Mehrdad, *Internationales gemeinschaftsrecht*, 2010; Kleinlein, Thomas, *Konstitutionalisierung im völkerrecht*, 2012.

¹² Esto era completamente diferente hace veinte años. Compárese con Randelzhofer, Albrecht, “Zum behaupteten Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft”, en Hommelhoff, Peter y Kirchhof, Paul (eds.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, 1994, p. 39 (40).

¹³ Bogdandy, Armin von, “Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses”, *Der Staat*, vol. 39, núm 2, 2000, p. 163, traducción italiana “L’europeizzazione dell’ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?”, en Zagrebelsky, Gustavo *et al.* (eds.), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Gius, Roma, Laterza & Figli, 2003, S. 272-298; del mismo autor, “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales”, en Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, 2011, p. 123; véase también, “El derecho internacional como derecho público”, en *Hacia un nuevo derecho...*, *cit.*, p. 93; del mismo modo, “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, en *Hacia un nuevo derecho...*, *cit.*, p. 283; igualmente, “El derecho internacional como derecho público: prolegómeno de un derecho de los mercados financieros”, en Pérez de Nanclares, José Martín (ed.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 57-79.

ropeo.¹⁴ Esto modifica el ámbito de aplicación de los principios fundamentales de la Ley Fundamental e influye en su significado. La interpretación y evolución de los principios fundamentales de la Constitución nacional hoy se insertan en una dimensión supranacional, internacional y comparada.

Las instituciones nacionales, supranacionales e internacionales no forman un ente único, como sí lo es el *Gesamtstaat* en Alemania, constituido por la federación y los *Länder*, el Estado en España, formado por el Estado central y las comunidades autónomas, la República italiana, formada, según el artículo 114 de la Constitución, por todas las instituciones republicanas desde los municipios hasta el Estado. Al mismo tiempo, debido a la europeización e internacionalización de Alemania, las autoridades públicas internacionales, supranacionales y estatales están tan íntimamente relacionadas entre ellas, que a menudo la legitimidad del ejercicio de autoridad pública alemana sólo puede ser determinada en este contexto más amplio. Un problema de legitimidad de una autoridad pública afecta la legitimidad de las decisiones de otras autoridades públicas. El apego a los principios se convierte así en un asunto de interés común.

Tal legitimidad se basa en algunos principios fundamentales compartidos. Los ya mencionados principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho, y de la democracia son relevantes de alguna manera para todo ejercicio de autoridad pública que influya en este espacio.¹⁵ Sin embargo, a pesar de que estos principios llevan la misma denominación, están arraigados en ordenamientos jurídicos distintos y son independientes en su vigencia y significado. Por lo tanto, estos principios crean puntos de referencia para discursos comunes, legitiman la interdependencia y permiten elaboraciones que abarcan los distintos ordenamientos. Estos ordenamientos se respaldan entre sí. Al mismo tiempo, el contenido específico de estos principios puede variar. Además, tales principios pueden justificar la resistencia a la pretensión de validez de un acto proveniente de un orden normativo distinto. Estos principios son, entonces, tanto la base para construcciones comunes como para conflictos. En resumen, son de suma importancia para entender y construir la interacción entre los distintos órdenes normativos.

¹⁴ Más en detalle: Bogdandy, Armin von, “La ciencia jurídica nacional en el espacio jurídico europeo. Un manifiesto”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 32, núm. 94, 2012, pp. 13-28.

¹⁵ Sobre la pregunta del rol de la charía en el derecho constitucional de los Estados musulmanes El Fadl, Abou, “The Centrality of Shari’ah to Government and Constitutionalism in Islam”, en Grote, Rainer y Röder, Tilmann (eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Oxford, 2012, p. 35.

2. *El ejercicio de la autoridad pública como objeto de investigación*

A. *La transformación del concepto de soberanía*

El punto de partida de este ensayo es la constatación de un cambio evidente. Mientras que hasta inicios de los años noventa del siglo pasado el derecho del Estado, o el derecho público nacional, abarcaban la totalidad del núcleo básico de la autoridad pública en los Estados miembros de la UE a partir de los principios de las respectivas Constituciones, esto hoy ya no es así debido al impacto de ciertas instituciones internacionales y supranacionales, ancladas en otros ordenamientos jurídicos. En el caso específico de Alemania: los principios de la Ley Fundamental¹⁶ no fundamentan la potestad de emitir reglamentos de la Unión Europea, de imponer sanciones del Consejo de Seguridad o la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como sí proveen el fundamento para el ejercicio de autoridad pública de las instituciones alemanas.

El principio de soberanía provee un marco más preciso para ilustrar este cambio en la estructura básica del derecho público. El entendimiento tradicional que se tiene del Estado y del orden internacional, del derecho del Estado y del derecho internacional; es decir, del conjunto de aspectos aquí analizados, ha sido desarrollado a partir del concepto de soberanía. Este concepto es fundamento tanto de la doctrina jurídica como de la teoría de la legitimación. Según Georg Jellinek, todo “puede ser explicado por medio de la soberanía y a partir de la soberanía”.¹⁷ A pesar de todos los problemas que acarrea el concepto clásico de soberanía, al igual que todos los conceptos abstractos, éste ha tenido una fuerza analítica y normativa ejemplar. La soberanía, entendida como soberanía interna del Estado, es el fundamento de su autoridad para crear normas jurídicas y denota su poder real superior frente al resto de los ámbitos sociales.¹⁸ La soberanía, entendi-

¹⁶ “Artículo 20 [fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia] (1) La República federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. (2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este Poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. (3) El Poder Legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes Ejecutivo y Judicial, a la ley y al derecho. (4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden, todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso”.

¹⁷ Jellinek, Georg, *Die Lehre von den Staatenverbindungen* (1882), Pauly, Walter (ed.), 1996, pp. 16 y ss., cita en la p. 36 (“durch die Souveränität und aus der Souveränität erklärt werden”); en detalle sobre las obras de Pauly, *ibidem*, pp. VII y ss.

¹⁸ Ranzelzhofer, Albrecht, “Staatsgewalt und Souveränität”, en *HSR II*, 2004 (1987), § 17, nota marginal 25, 35 y ss.

da como soberanía popular, justifica esta autoridad y ese poder por tratarse de la realización del principio democrático.¹⁹ La soberanía dirigida hacia fuera, es decir, la soberanía internacional, protege lo antes descrito como un “escudo”²⁰ y fundamenta la validez del derecho internacional público de la misma manera que la del derecho del Estado: a partir de la voluntad del Estado. En resumen, gracias al principio de soberanía, el Estado crea un universo normativo a través de su ordenamiento jurídico.

El principio de soberanía caracterizó tanto la estructura del derecho del Estado como la del derecho internacional, pero en dimensiones diametralmente opuestas. Mientras que el derecho del Estado tiene una estructura vertical, de carácter señorial, la estructura del derecho internacional es una horizontal, de cooperación. Debido a este trasfondo conceptual, existen pocos principios comunes al derecho público nacional y al derecho internacional público, a pesar de contar con normas como la del artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ en el derecho internacional, y los artículos 25 de la Ley Fundamental, 10 de la Constitución italiana, 29 de la Constitución irlandesa, o el 153 de la Constitución eslovena, en el derecho nacional. Los principios generales del derecho, en el sentido del artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ, se nutren, sobre todo, de institutos del derecho privado, como por ejemplo el de *pacta sunt servanda*, el de la buena fe, o el del deber de indemnización.²¹ Inclusive los derechos humanos son difíciles de cuadrar dentro de esta rúbrica.²² La carencia de principios comunes no es sólo un asunto entre los ordenamientos jurídicos estatales e internacionales: el principio tradicional de soberanía permite además que se produzcan ordenamientos muy diversos a nivel estatal, es decir, un pluralismo radical.

Ciertamente, el principio clásico de soberanía no se exalta tan pronunciadamente en la Ley Fundamental como en otros órdenes constitucionales.²³ A pesar de esto, la teoría del Estado alemana, así como la doctrina

¹⁹ Heller, Hermann, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, 1927; Uwe Volkmann, “Setzt Demokratie den Staat voraus?”, *AöR* 127 (2002), p. 575 (577, 582).

²⁰ Sobre la noción de la soberanía como escudo, Bleckmann, Albert, *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*, 1970, p. 166.

²¹ Clásico, Lauterpacht, Hersch, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, 1927.

²² Mosler, Hermann, “General Principles of Law”, en Bernhardt, Rudolf (ed.), *EPIL*, Bd. II, Amsterdam/Lausanne/New York/Oxford/Shannon/Tokyo, 1995, pp. 511, 518 y ss., mostrando una apertura cautelosa hacia los derechos humanos.

²³ Se puede pensar en el significado fundamental del principio de la soberanía parlamentaria en el Reino Unido, sobre este punto, Loughlin, Martin, “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Großbritannien”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.),

de su derecho del Estado se basa, en su gran mayoría, en el concepto de soberanía: Rainer Wahl acuciosamente señaló que la constitucionalización del ordenamiento jurídico fue el gran proyecto normativo de los primeros cuarenta años de la República Federal.²⁴ Es decir, la creación de un universo normativo, el ordenamiento alemán, que realizara sus principios. Esta importancia del concepto de soberanía se evidencia también en el entendimiento predominante de las reglas generales de derecho internacional del artículo 25 de la Ley Fundamental,²⁵ en la atención limitada a los fallos del TEDH que imperó por un largo tiempo²⁶ y en la escasa importancia del derecho comparado para la jurisprudencia de los más altos tribunales.²⁷ En 2009, el fallo del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Tratado de Lisboa dotó al principio de soberanía con una nueva y directa eficacia jurídica.²⁸ Al mismo tiempo, este fallo puso en evidencia la erosión del principio al afirmar que la soberanía protege únicamente la esencia de lo más esencial, lo absolutamente inalienable, aquello que bajo ninguna circunstancia se le puede delegar a un órgano o institución no alemana. Así, el principio de soberanía cesó de ser el fundamento único del constructo doctrinal o legitimatorio. Más aún, la soberanía está al servicio de otros principios. Mientras que el concepto tradicional de soberanía, según Georg Jellinek, era de orden fundacional; es decir, constituía una justificación en sí misma, actualmente la soberanía está sujeta a principios superiores, ya

Handbuch Ius Publicum Europaeum, vol. I, 2007, § 4 núm. 75; sobre Francia Jouanjan, Olivier, “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Frankreich”, en *ibidem*, § 2 Nm. 100 y ss.

²⁴ Wahl, Rainer, “Herausforderungen und Antworten – Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte”, 2006.

²⁵ “Artículo 25 [derecho internacional y derecho federal] Las reglas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”. Koenig, Christian, en Von Mangoldt *et al.*, GG II, artículo 25, notas marginales, pp. 32 y ss.; Herdegen, Matthias, en Maunz *et al.*, GG IV, artículo 25, notas marginales, pp. 36 y ss. Haciendo un estudio de derecho comparado: Hobe, Stephan, en Friauf, Höfling, *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, vol. II, artículo 25, notas marginales, pp. 37 y ss.

²⁶ Frowein, Jochen Abr., “Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht”, *DÖV*, núm. 19, 1998, p. 806.

²⁷ Sauer, Heiko, “Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht”, *Journal für Rechtspolitik*, núm. 18, 2010, p. 194.

²⁸ *Cfr.* con Schorkopf, Frank, “The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon”, *German Law Journal*, núm. 10, 2009, pp. 1219 (1223 y ss.); Kottmann, Matthias y Wohlfahrt, Christian, “Der gespaltene Wächter? Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im Lissabon-Urteil”, *ZaöRV*, núm. 69, 2009, pp. 443 (460 y ss.).

sea la libre determinación de los pueblos o los derechos humanos. Cada vez más, el concepto de soberanía se torna en concepto funcional, perdiendo así su carácter fundacional.

B. *La autoridad pública de las instituciones supra e internacionales*

Sin lugar a dudas, el principio de soberanía, tanto en el derecho del Estado como en el derecho internacional y en las teorías sobre la legitimidad, sigue siendo de gran importancia.²⁹ No obstante, a raíz de una serie de cambios, este principio ya no debería ser *la* única base para comprender y construir la estructura fundamental de la autoridad pública.³⁰ La europeización y globalización socavan la famosa premisa del principio clásico de soberanía según la cual los Estados crean “comunidades independientes”.³¹ Eyal Benvenisti capta este fenómeno con una imagen sugestiva: la vieja soberanía se asemejaba al derecho de propiedad sobre un gran fundo, separado de otras propiedades por ríos o desiertos, mientras que la nueva soberanía se asemeja al derecho de propiedad sobre un pequeño apartamento en un gran edificio en donde viven 200 otras familias.³² Éste es el trasfondo del fenómeno de inmediata relevancia para este artículo: muchas instituciones supra- e internacionales afectan y dan forma a las interacciones sociales en Alemania con tal magnitud y autonomía, que la concepción tripartita de la soberanía no puede, por sí sola, ser el único fundamento de una doctrina fuerte ni de una teoría convincente de la legitimidad.³³ Parece más plausible entender a estas instituciones supra e internacionales como titulares de la autoridad pública en razón del impacto que tienen sobre relaciones sociales concretas.

²⁹ Compárese con Grimm, Dieter, *Souveränität: Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, 2009; Haltern, Ulrich, *Was bedeutet Souveränität?*, 2007; Maus, Ingeborg, *Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie*, 2011.

³⁰ Aquí no se hablará sobre el cambio en el entendimiento del Estado a lo interno. Sobre ese tema véase Auby, Jean-Bernard, “Die Transformation der Verwaltung und des Verwaltungsrechts”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. III, 2010, § 56. A saber, no se afirma que el principio de soberanía ya no juega ningún papel; esto sería insostenible, compárese con el fallo de la CIJ del 3 de febrero de 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, núm. 57.

³¹ Clásicamente en el caso Lotus de la Corte Permanente de Justicia Internacional, CPJI, del 7 de noviembre de 1927, *The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey*, Series A, núm. 10, 1927, p. 18 (“independent communities”).

³² Benvenisti, Eyal, “Sovereigns as trustees of humanity: on the accountability of states to foreign stakeholders”, *American Journal of International Law*, núm. 107, 2013, p. 295.

³³ Un ejemplo entre los abundantes escritos de Vesting, Thomas, “Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes”, *VVDStRL*, núm. 63, 2004, p. 41.

Dicho de otra manera: el ejercicio de la autoridad pública es la característica estructural fundamental que las instituciones estatales comparten con las instituciones supra- e internacionales.

Esta calificación constituye un paso esencial para determinar los principios que las instituciones estatales, supra e internacionales comparten, ya que solo tiene sentido hablar de principios comunes cuando existen suficientes puntos de comparación. Llegamos así a un resultado parecido al del derecho constitucional global³⁴ o bien del derecho administrativo global,³⁵ pero con otra base conceptual, que permite evitar algunos problemas graves. Al mismo tiempo hay que subrayar que el concepto de “autoridad pública supranacional” o bien “autoridad pública internacional” no es pacífico, sino más bien requiere de considerables innovaciones conceptuales.³⁶

La comprensión tradicional de la autoridad pública se basa en el concepto de poder estatal que a su vez se caracteriza por el monopolio estatal de la violencia y por el dominio real sobre el propio territorio. Ya que ni las instituciones supranacionales ni las internacionales disponen de estos dos elementos, se debe definir “autoridad” de manera más amplia a la tradicional³⁷ para poder incluir a estas instituciones. La propuesta consiste en entender a la autoridad pública como la capacidad legal de *determinar* a otros

³⁴ Esto no resta mérito a estos enfoques; compárese en especial con Klabbers, Jan *et al.*, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009; específicamente sobre principios, Kleinlein (*op. cit.*, nota 11); sobre los problemas Klabbers, Jan, “Constitutionalism Lite”, *International Organizations Law Review*, núm. 1, 2004, p. 31; Weiler, Joseph H. H., “Dialogical Epilogue”, en Burca, Grainne de y Weiler, Joseph H. H. (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, 2011, pp. 262 y ss.

³⁵ Kingsbury, Benedict *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, núm. 2, 2005, p. 15; Schmidt-Aßmann, Eberhard, “Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen”, *Der Staat*, núm. 45, 2006, p. 315; sobre los problemas, Bogdandy, Armin von, “Prolegomena zu Prinzipien internationalisierter und internationaler Verwaltung”, en Trute, Hans-Heinrich *et al.* (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, p. 683.

³⁶ Más en detalle, Bogdandy, Armin von *et al.*, “El derecho internacional como derecho público: prolegómeno de un derecho de los mercados financieros”, en Pérez de Nanclares, José Martín y (ed.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, 2010, p. 57; Bogdandy, Armin von y Goldmann, Matthias, “The Exercise of International Public Authority Through National Policy Assessment”, *IOLR*, núm. 5, 2008, p. 241; sobre eso, Carmona Cuenca, Encarna, “Noticia de libros”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2012, pp. 347 y 351; compárese además con Zürn, Michael *et al.*, “International Authority and its Politicization”, *International Theory*, núm. 4, 2012, p. 69; Grimm, Dieter, *Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, 2012.

³⁷ La palabra “definición” se entiende aquí como el desarrollo de suficientes elementos conceptuales que comprendan las constelaciones más importantes. Nuestro objetivo no es

y de reducir sus libertades; es decir, de configurar *unilateralmente* su situación jurídica o de facto. Esta determinación puede, en primer lugar, llevarse a cabo por medio de actos jurídicamente vinculantes. En ese caso estaríamos ante el supuesto menos problemático.³⁸ Un acto es jurídicamente vinculante cuando modifica la situación jurídica de otro sujeto jurídico, sobre todo cuando una acción contraria a ese acto es ilegal.³⁹

Tomando en cuenta la manera en que funcionan muchos de los mecanismos de la así llamada gobernanza global (*global governance*) el concepto de autoridad pública no debería limitarse a los actos jurídicamente vinculantes. El derecho pretoriano de los tribunales internacionales (*case law*) es en nuestros días una de las muchas maneras por medio de las cuales se determina la situación de terceros. En los últimos veinte años los tribunales internacionales han adquirido un rol significativo en el desarrollo del derecho internacional, precisamente en ámbitos de enorme relevancia para el derecho interno (por ejemplo: los derechos humanos, el derecho penal, o el derecho económico).⁴⁰ Lo mismo aplica para los actos jurídicamente no vinculantes de las organizaciones internacionales en la medida en que estos condicionen a otros sujetos de derecho. Existe condicionamiento cuando un acto presiona a otro sujeto a hacer o abstenerse de hacer algo y cuando esta presión solo puede ser resistida con dificultad.⁴¹ Un ejercicio de la autoridad pública de este tipo es la fijación de estándares no vinculantes que son cumplidos, entre otras razones, debido a que los beneficios de su cumplimiento

establecer una definición que comprenda la totalidad de las constelaciones. Más sobre esto Koch, Hans-Joachim y Rüßmann, Helmut, *Juristische Begründungslehre*, 1982, p. 75.

³⁸ Similar Barnett, Michael y Duvall, Raymond, "Power in Global Governance", en Barnett, Michael y Raymond Duvall (eds.), *Power in Global Governance*, Cambridge, 2005, p. 1 (8); más cercana a la visión tradicional compárese con Möllers, *Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, 2005, pp. 81 y ss.

³⁹ Un ejemplo de tal determinación jurídica lo constituye la decisión sobre el estatus de refugiado por el ACNUR, sobre esto, Smrkolj, Maja, "International Institutions and Individualized Decision-Making: An Example of UNHCR's Refugee Status Determination", *German Law Journal*, núm. 9, 2008, p. 1779.

⁴⁰ Sobre la creación del derecho llevada a cabo por los tribunales internacionales y su problemática, véase en detalle Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo (eds.), "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *German Law Journal*, núm. 12, 2011, p. 979. Los problemas específicos del poder público ejercido por los tribunales internacionales no será analizado en más detalle en el marco de esta contribución.

⁴¹ Muy reveladora en este sentido es la discusión acerca del derecho canónico de la Iglesia católica en el siglo XXVII, Duve, Thomas, "Katholisches kirchenrecht und moraltheologie im 16. Jahrhundert. Eine globale normative ordnung im schatten schwacher staatlichkeit", en Kadelbach, Stefan y Günther Klaus (eds.), *Recht ohne staat? Zur normativität nichtstaatlicher rechtsetzung*, Frankfurt, Campus, 2011, pp. 147, 159-166.

superan los perjuicios de su incumplimiento (por ejemplo: los estándares de la OCDE para evitar la doble imposición),⁴² o bien porque cuentan con mecanismos para imponer sanciones o repartir beneficios que aseguran su cumplimiento (por ejemplo: el Código de Conducta para la Pesca Responsable de la FAO).⁴³ Asimismo, los sujetos de derecho también pueden ser condicionados por actos que no posean ninguna cualidad deontológica, pero que disponen de un poder comunicativo del cual los destinatarios solo se pueden sustraer a un gran costo, ya sea una pérdida de reputación o una pérdida monetaria (por ejemplo: los datos estadísticos de los informes PISA).

Esta ampliación del concepto de autoridad pública se puede justificar, sobre todo, a partir de las teorías que explican la comunicación social y sus efectos reales. Ciertamente, el impacto debe superar cierto umbral. Esto ocurre cuando un acto viene aparejado con mecanismos que efectivamente exigen al destinatario su toma en consideración. De este tipo de actos hay muchos: las organizaciones internacionales han demostrado ser extraordinariamente creativas en este aspecto.⁴⁴

Este entendimiento amplio del concepto de autoridad pública se basa en la conclusión empírica de que muchos actos emitidos por instituciones supranacionales e internacionales pueden limitar la libertad individual y la libre determinación de los pueblos de manera muy similar a los actos vinculantes de los órganos estatales. Al mismo tiempo, su cumplimiento lo demanda la Constitución alemana: de la Ley Fundamental y su principio de Estado de derecho se deriva el deber jurídico de cumplir con un acto vinculante de una institución supra o internacional.⁴⁵ Además, a menudo, la libertad jurídica de optar por incumplir un acto que únicamente condiciona es una mera ficción.⁴⁶

⁴² Reimer, Ekkehart, “Transnacionales Steuerrecht”, en Möllers, Christoph (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, p. 181.

⁴³ Friedrich, Jürgen Legal, “Challenges of Nonbinding Instruments: The Case of the FAO Code of Conduct for Responsible Fisheries”, *German Law Journal*, núm. 9, 2008, p. 1539.

⁴⁴ Bastantes ejemplos en Bogdandy, Armin von et al. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, 2010.

⁴⁵ Así lo consideró el Tribunal Federal Constitucional Alemán en su decisión Görgülü del 10 de marzo de 2004, BVerfGE 111, 307, sobre la jurisprudencia del TEDH; BVerfGE 22, 293 sobre el derecho de la (en ese entonces) Comunidad Económica Europea.

⁴⁶ Desde la perspectiva de las ciencias políticas véase Barnett y Duvall (*op. cit.*, nota 38); Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, núm. 54, 2000, p. 421; Lipson, Charles, “Why are some International Agreements informal?”, *International Organization*, núm. 45, 1991, p. 495.

Finalmente, este concepto amplio de autoridad pública se basa en una consideración fundamental: cuando el derecho público, de conformidad con la tradición liberal democrática, se entiende como un orden para proteger la libertad individual y posibilitar la libre determinación de los pueblos, cualquier acto que afecte estos valores, ya sea este vinculante o no, debe, por principio, ser abarcado por el concepto de autoridad pública en la medida en que los efectos sean lo suficientemente significativos para despertar dudas fundadas sobre su legitimidad. Al mismo tiempo hay que enfatizar que la calificación de un acto como ejercicio de autoridad pública no implica su legitimidad. En contraste con Joseph Raz,⁴⁷ aquí se separa el concepto de legitimidad del de autoridad. El concepto de autoridad sirve para identificar fenómenos que necesitan ser enmarcados por un régimen de derecho público, nada más.

Por supuesto, esta ampliación conceptual es una definición, y por lo tanto no es obligatoria bajo ninguna tesis. Es más, sigue siendo posible explicar todo a partir del principio tradicional de soberanía, de situar a la voluntad del Estado como punto central y de entender a la autoridad pública únicamente como autoridad estatal. La base convencional de todo acto supranacional e internacional permite sustentar esta visión más limitada de la autoridad pública. Las teorías y doctrinas correspondientes, sin embargo, ignoran en qué medida los otros órdenes normativos pueden afectar las interacciones sociales y corren el gran riesgo de no entender y acompañar estos fenómenos importantes.

A la luz de este concepto ampliado de la autoridad, también los actos de algunos entes privados pueden ser relevantes dado que afectan la libertad. Aquí se puede pensar en las clasificaciones de las agencias de calificación de riesgos, en las decisiones sobre el emplazamiento y estructura de ciertas grandes compañías, o bien en las medidas que los padres toman respecto de sus hijos. Pero, ¿cuándo es que el ejercicio de la autoridad se convierte en un fenómeno de autoridad pública? Se puede entender que la autoridad supranacional e internacional es pública cuando se basa en una competencia que hubiera 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.⁴⁸ El carácter público del ejercicio de la

⁴⁷ Raz, Joseph, *The authority of law* (1979), pp. 28 y ss.; parecido Myres McDougal-Harold Laswell, “The identification and appraisal of diverse systems of public order”, *Ajil* 53 (1959), p. 9.

⁴⁸ Algunos autores colocan al cumplimiento de tareas públicas en el centro de sus planteamientos. Véase Ruffert, Matthias, “Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts”,

“autoridad” depende así de su fundamento jurídico. Por consiguiente, las instituciones aquí analizadas ejercen autoridad pública, la cual les ha sido conferida por comunidades políticas sobre la base de actos jurídicos (de carácter vinculante o no). Lo contrario al ejercicio de la autoridad pública es la realización de la libertad individual, la cual no requiere de ninguna otra justificación.⁴⁹

Esta definición de autoridad pública reúne muchas ideas de la ciencia jurídica, de las ciencias políticas y de la teoría política. La autoridad pública supranacional se ejerce por medio de los actos legislativos de la Unión, los actos administrativos de la Unión y las decisiones de la justicia europea.⁵⁰ Afirmar que la Unión Europea ejerce autoridad pública parece ser hoy en día indisputable, si bien el debate respectivo emplea el concepto más técnico de competencia. Pero también la autoridad de las instituciones de la gobernanza global⁵¹ cada vez más se plantea dentro de esta lógica, como lo evidencia la introducción de conceptos como el de *lawmaking* por parte de las instituciones internacionales,⁵² el de un derecho administrativo “internacional” o “global”,⁵³ así como el de una justicia internacional, y hasta el de una justicia penal internacional.⁵⁴

Por supuesto que esta definición de “lo público” es más bien formalista y no agota el significado que este concepto ha adquirido en la tradición constitucional occidental. En los Estados liberales democráticos, lo público se asocia con el deber de las instituciones públicas de servir al bien común y

en Möllers, Christoph *et al.* (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, p. 395. Preferimos partir del concepto de poder público y calificarlo haciendo referencia a los intereses públicos.

⁴⁹ Esto no impide obligar a actores privados, sobre todo a las empresas, a cumplir con los derechos humanos. Compárese con el artículo 9(3) de la Ley Fundamental. Para otros planteamientos a nivel global compárese con OECD Guidelines for Multinational Enterprises y las UN Guiding Principles on Business and Human Rights; Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, UN Doc. A/HRC/17/31 (21.3.2011) (de John Gerard Ruggie); Gerard, John Gerard, “Ruggie, Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *AJIL*, núm. 101, 2007, p. 819.

⁵⁰ En detalle Bitter, Stephan, *Die Sanktion im Recht der Europäischen Union*, 2011.

⁵¹ Fundamental Rosenau, James N., “Governance, Order, and Change in World Politics”, en Rosenau, James N. y Czempiel, Ernst-Otto (eds.), *Governance without Government*, Cambridge, 1992, p. 1.

⁵² Alvarez, José, *International Organizations as Law-makers*, Oxford, 2005.

⁵³ Compárese con la nota al pie de página, núm. 36.

⁵⁴ Acerca de la problemática de los procesos de creación de derecho Meyer, Frank, *Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen*, 2012, pp. 601 y ss., 837 y ss.

de acatar principios fundamentales;⁵⁵ es decir, a diferencia de una banda de ladrones, de ser legítimas. Las expectativas de este tipo no se deberían concebir como parte del concepto de autoridad pública, sino más bien como principios independientes (*infra* I.3).⁵⁶

Usar el término “autoridad pública” como concepto fundamental común, tanto para las instituciones estatales como para las supranacionales y las internacionales, no afirma que estas instituciones sean idénticas en todo sentido. Constituye más bien el punto de partida para tomar en consideración sus correspondientes especificidades. 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.⁵⁷ Las instituciones supranacionales típicamente se diferencian de las internacionales debido a que sus actuaciones comúnmente configuran directamente las interacciones sociales en el espacio jurídico estatal. Estas diferencias, a las cuales sólo hemos aludido, serán de gran importancia para la concretización de los principios fundamentales.

C. *La autoridad pública de otros Estados*

El espacio jurídico alemán ha mostrado apertura, no sólo en el plano vertical, sino también en el horizontal hacia los actos de otros Estados. Este es otro aspecto importante que resulta de la pertenencia al espacio jurídico

⁵⁵ Friedrich, Carl J., *Constitutional Government and Politics*, Nueva York, 1950, pp. 247 y ss.; Loewenstein, Karl, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, 1957; Henkin, Louis, “A New Birth of Constitutionalism”, en Rosenfeld, Michel (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy*, Durham, 1994, p. 39.

⁵⁶ Con otra opinión, Kingsbury, Benedict, “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, núm. 20, 2009, pp. 23 (30 y ss.), siguiendo la teoría del derecho natural de Lon Fuller. Según Kingsbury, la conformidad con determinados principios fundamentales como racionalidad y proporcionalidad es requisito del concepto de derecho público a nivel internacional. Con debida razón Alexander Somek ve aquí una tendencia hacia una concepción iusnaturalista del derecho público a nivel internacional. Somek, Alexander, “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury”, *European Journal of International Law*, núm. 20, 2009, p. 985 (990).

⁵⁷ Compárese con el fallo en cuanto al Tratado de Maastricht del 12 de octubre de 1993, BVerfGE 89, 155 y en cuanto al Tratado de Lisboa del 30 de junio de 2009, BVerfGE 123, 267.

européo.⁵⁸ Claramente la apertura horizontal no es algo completamente nuevo. Su componente más antiguo es el derecho internacional privado, el cual obliga a los tribunales estatales a aplicar el derecho privado de otros Estados.⁵⁹ Pero esta apertura del espacio jurídico alemán se ha hecho más significativa como consecuencia de la europeización e internacionalización. Primero, el derecho internacional privado alemán, al igual que el de los otros Estados miembros, fue armonizado en gran parte con los reglamentos “Roma I” y “Roma II”,⁶⁰ así como con el reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.⁶¹ Tal apertura hacia el derecho privado de otros Estados no opera únicamente dentro del espacio jurídico europeo, ya que el reglamento también prevé la aplicación del derecho extraeuropeo bajo condiciones más sencillas a las del antiguo derecho alemán.⁶²

Una instancia más reciente de la “apertura horizontal” la encontramos en el derecho administrativo. Según el derecho tradicional, el principio de territorialidad se aplica a los actos administrativos; únicamente unos pocos actos administrativos, como el permiso de conducir, eran aplicables de manera transfronteriza, debido a que había tratados internacionales para estos efectos.⁶³ Hoy en día, en cambio, el acto administrativo transfronterizo se ha convertido en un instituto jurídico firme y constante del derecho administrativo, de modo que a menudo las medidas de otro Estado tienen efectos en Alemania y hasta son ejecutadas por autoridades alemanas.⁶⁴ En muchos

⁵⁸ Wahl, Rainer, “Europäisierung: Die miteinander verbundenen Entwicklungen von Rechtsordnungen als ganzen”, en Trute, Hans-Heinrich *et al.* (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, pp. 869 (897).

⁵⁹ Más sobre esto Hoffmann, Bernd v. y Thorn, Karsten, *Internationales Privatrecht*, 2012, p. 47.

⁶⁰ Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); y Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

⁶¹ Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁶² Compárese con el principio de aplicación universal según los artículos 2o. de Roma I y 3 de Roma III.

⁶³ Ruffert, Matthias, “Der transnationale Verwaltungsakt”, *Die Verwaltung*, núm. 34, 2001, pp. 453 (457).

⁶⁴ Schmidt-Abmann, Eberhard, “Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht”, *DVBl.*, núm. 108, 1993, p. 924 (935); compárese también con Sydow, Gernot, *Verwaltungs Kooperation in der Europäischen Union*, 2004, pp. 141 y ss.

casos, es el derecho de la Unión⁶⁵ o el derecho internacional público,⁶⁶ el que así lo ordena.

Otra apertura importante para los principios fundamentales se realiza en el marco del derecho comparado. Los tribunales nacionales se sirven de los fallos de otros tribunales nacionales para de esta manera desarrollar figuras jurídicas comunes, y así contribuir a un diálogo judicial transnacional.⁶⁷ Por medio de este diálogo transnacional se desarrollan los principios. Sobre todo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán podemos encontrar cada vez más referencias a la jurisprudencia de otros Estados.⁶⁸ Hasta ahora la jurisprudencia ha sido citada como sustento adicional y no como precedente con autoridad, a diferencia de los fallos del TEDH.⁶⁹ Se puede cuestionar si en el espacio jurídico europeo las decisiones de otros altos tribunales deberían tener un efecto más importante al de mero sustento adicional. Sobre todo hay que considerar si la discrepancia con una solución de otro tribunal requiere de una motivación especial en los fallos. En el espacio jurídico europeo parece conveniente que las cuestiones de interés común sean objeto de discusión y que las divergencias de opinión queden documentadas.⁷⁰ Naturalmente, aquí se plantean cuestiones muy difíciles,

⁶⁵ Ohler, Christoph, “Europäisches und nationales Verwaltungsrecht”, en Terhechte, Philipp (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2011, pp. 331 (344); sobre el derecho migratorio: Bast, Jürgen, “Transnationale Verwaltung des europäischen Migrationsraums”, *Der Staat*, núm. 46, 2007, p. 1; sobre el derecho administrativo económico: Michaels, Sascha, *Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland*, 2004, pp. 188 y ss.

⁶⁶ Nicolaidis, Kalypso y Shaffer, Gregory, “Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government”, *Law and Contemporary Problems*, núm. 68, 2005, p. 263.

⁶⁷ Benvenuti, Eyal, “Reclaiming democracy: the strategic uses of foreign and international law by national courts”, *AJIL*, 2008, pp. 241 y ss.; Slaughter, Anne-Marie, “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, 2003, pp. 191 y ss.; Wendel, Matthias, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, 2011, pp. 53 y ss.; con reservas en cuanto a la jurisdicción civil alemana Ranieri, Filippo, “Die Rechtsvergleichung und das deutsche Zivilrecht im 20. Jahrhundert”, en Ascheri, Mario *et al.* (eds.), *FS für Knut Wolfgang Nörr*, 2003, p. 777 (796 y ss.).

⁶⁸ Sauer, Heiko (*op. cit.*, nota 27).

⁶⁹ Decisión Görgülü del Tribunal Federal Constitucional Alemán, BVerfGE 111, 307 (317, 323); compárese la decisión reciente sobre la custodia de seguridad del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 128, pp. 326 (368 y ss.).

⁷⁰ Compárese con discusiones análogas en cuanto al derecho internacional de las inversiones, Schill, Stephan, “Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 23, 2010, pp. 401 (424 y ss.).

como lo demuestra la manera tan crítica en que el Tribunal Constitucional Checo trató una decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán.⁷¹

3. Principios

La búsqueda de principios es un mecanismo clásico del derecho para revelar estructuras fundamentales. Quizá por esta misma razón el concepto “principios” es controvertido.⁷² Para efectos de esta contribución basta con entender a los principios como normas de particular importancia, normas que por esta razón dan orientación en la variedad del material jurídico, fundamentan esta variedad y tienen una función de “cierre” del discurso normativo. Este artículo concibe los principios de manera diferente a Alexy, el cual los comprende en contraposición con las reglas, más específicamente, como mandatos de optimización ponderables.⁷³ Tal caracterización basada en la diferenciación categórica entre principios y reglas me parece poco convincente.⁷⁴ Por lo tanto, el término “principio” tiene aquí un carácter atributivo. Le asigna a una norma un papel destacado, una importancia particular.

Típicamente los principios se caracterizan por ser abstractos y vagos, lo cual permite un gran margen interpretativo. Además, como los principios son empleados también en el discurso normativo general, los principios jurídicos permiten el enlace del discurso jurídico al discurso normativo general. Dentro de los principios fundamentales de la tradición liberal democrática occidental⁷⁵ se encuentran en particular aquellas normas que cumplen una función de justificación normativa del ejercicio de la autoridad pública. Tomando en consideración la imperiosa necesidad de justificar las actuaciones soberanas, son los principios los que proveen las bases esenciales para

⁷¹ Compárese con el fallo del Tribunal Constitucional checo del 3 de noviembre de 2009, Pl. ÚS 29/09 (Tratado de Lisboa II), sobre todo las notas marginales 110 y ss., 137 y ss.

⁷² Fundamental, Dworkin, Ronald, *Bürgerrechte ernstgenommen*, 1984, pp. 58 y ss.; sobre el debate, Guastini, Riccardo, *Distinguendo: Studi di teoria e meta-teoria del diritto*, Torino, 1996, pp. 115 y ss.; Koskeniemi, Martti, “General Principles”, Koskeniemi, Martti (ed.), *Sources of International Law*, Aldershot, 2000, p. 359; Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 1994, pp. 254 y ss.; Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2006; Reimer, Franz, *Verfassungsprinzipien: Ein Normtyp im Grundgesetz*, 2001.

⁷³ En detalle Alexy (*op. cit.*, nota 72), pp. 75 y ss.

⁷⁴ Jakab, András, “Re-Defining Principles as Important Rules – A Critique of Robert Alexy”, en Martin Borowski (ed.), *On the nature of legal principles*, 2010, p. 145.

⁷⁵ Sobre la cuestión del eurocentrismo, Bogdandy, Armin von, “The European Lesson for International Democracy”, *AJIL*, 23 (2012), p. 317.

su legitimación.⁷⁶ Este concepto material de *principio fundamental* comprende únicamente unas pocas normas que también en el derecho constitucional estatal se denominan principios fundamentales o principios estructurales.⁷⁷

Una norma con el carácter de principio puede estar contenida en un instrumento de *soft law*, lo cual es acorde con el concepto de autoridad pública desarrollado anteriormente.⁷⁸ Esta es sólo una de las razones por la cual los principios no gozan de un estatus jurídico homogéneo. Una norma con carácter de principio puede limitarse a permitir una reconstrucción de la materia jurídica; es decir, puede constituir un mero principio doctrinal. Además, puede tener el carácter de principio rector, lo cual significa que influye sobre los procesos administrativos y políticos a futuro. Sobre todo en el ámbito supra e internacional, a menudo se llega a consensos por medio del establecimiento de principios rectores, bajo el entendimiento de que éstos serán desarrollados con posterioridad.⁷⁹ Los principios, en su condición de principios jurídicos, pueden además influir en la interpretación del derecho, y en algunos casos inclusive tienen efectos jurídicos directos. Dada esta variedad, la mera calificación de una norma como principio no produce por sí sola ningún efecto jurídico específico. Vale también recalcar que los principios tienen grados distintos de normatividad en los diferentes ordenamientos jurídicos. Una normatividad alta, como la que gozan los principios en el orden constitucional alemán, no es lo habitual.⁸⁰ En este ensayo intento, en primera línea, presentar a los principios fundamentales generales en su condición de principios rectores para así esclarecer el contexto más amplio y demostrar la factibilidad y deseabilidad de promover un discurso jurídico multinivel.

A continuación me enfocaré en los siguientes tres principios: Estado de derecho, democracia y protección de los derechos humanos. Esto no niega la existencia o importancia de otros principios, como por ejemplo el de solidaridad, el de sostenibilidad o el de subsidiariedad.

⁷⁶ Sobre el concepto de *principe fondateur*, Molinier, Joël (ed.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, París, 2005, p. 24; similar Dworkin (*op. cit.*, nota 72), p. 55.

⁷⁷ Más en detalle en Dreier, Horst (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 2, 2006, artículo 20 (Introducción), notas marginales 5, 8; Reimer (*op. cit.*, nota 72), pp. 26 y ss.

⁷⁸ Las razones por las cuales aquí utilizamos un término jurídico amplio corresponden a aquellas que expusimos para justificar el entendimiento amplio del concepto de poder público. Véase *supra* I.2.B

⁷⁹ Por ejemplo, el World Summit Outcome Document, September 2005: “they (Rule of Law, democracy, human rights) belong to the universal and indivisible core values and principles of the United Nations”, UN Doc. A/RES/60/1 (24 de octubre de 2005), párrafo 119.

⁸⁰ Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 585 y ss., considera esto una anomalía europea en declive.

II. TRES PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y SU FUNDAMENTO JURÍDICO

Los principios de la democracia, Estado de derecho y protección de los derechos humanos en las nuevas constelaciones no sólo interesan a la ciencia jurídica, sino también a otras disciplinas.⁸¹ La teoría política y la filosofía práctica en especial argumentan a menudo basadas en principios.⁸² La relación de la ciencia jurídica con estas otras disciplinas es tan fluida como difícil. La diferencia entre las disciplinas no se debe a los principios *per se*: tanto en la ciencia jurídica como en la teoría política y en la filosofía práctica se trabaja sobre democracia, Estado de derecho, y derechos humanos y fundamentales. La especificidad se encuentra más bien en que un discurso filosófico basado en principios puede proceder de manera completamente deductiva, mientras que un análisis jurídico es informado por el derecho vigente; es decir, por las disposiciones del derecho positivo y por la jurisprudencia. Una de las primeras tareas del aporte jurídico a esta discusión multidisciplinaria consiste en constatar los resultados de la discusión y acción política sobre los principios en el derecho positivo y esbozar su pretensión de validez.

¿Dónde empezar? Las disposiciones de la Ley Fundamental son válidas en tanto que actuaciones del poder constituyente como poder público originario.⁸³ Por esta razón serán el punto de partida de este análisis. De seguido se expondrán los principios fundamentales del derecho de la Unión y del derecho internacional público.

1. Principios fundamentales de la ley fundamental

A. Preceptos para las autoridades alemanas

La Ley Fundamental preceptúa el cumplimiento de numerosos principios a las autoridades alemanas que ejercen la autoridad pública. El artículo 79(3) de esta ley, refiriéndose a los artículos 1o. y 20 de la misma, establece un grupo de principios especiales porque no pueden ser abrogados ni si-

⁸¹ Cfr. sobre todo los trabajos del “Exzellenzcluster Normative Ordnungen” en la Universidad de Francfort del Meno, <http://www.normativeorders.net/en>. Sobre esto Forst, Rainer y Günther, Klaus, “Die Herausbildung normativer Ordnungen. Zur Idee eines interdisziplinären Forschungsprogramms”, en Forst, Rainer y Günther, Klaus (eds.), *Die Herausbildung normativer Ordnungen*, 2011, p. 11.

⁸² Rawls, John, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1975, pp. 81 y ss.; Dworkin (*op. cit.*, nota 72), pp. 54 y ss.; Habermas (*op. cit.*, nota 72), pp. 166, 208 y ss., 242.

⁸³ En detalle sobre la relevancia de esta figura del derecho constitucional Herbst, Tobias, *Legitimation durch Verfassungsgebung*, 2003.

quiera por el legislador constitucional. Estos principios de tan particular importancia son: la dignidad humana y el núcleo de los derechos humanos inalienables, así como la democracia y el Estado federal y social de derecho. De conformidad con el derecho constitucional comparado, se puede constatar que estas disposiciones expresan “el núcleo duro” del constitucionalismo liberal democrático.⁸⁴ Gracias a una jurisprudencia constitucional particularmente densa, estos principios cuentan con un alto grado de concretización.⁸⁵ Los principios centrales; es decir, el respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho están contemplados en la Ley Fundamental misma. El respeto de los derechos humanos y el principio democrático encuentran una expresión concreta sobre todo en el catálogo de derechos fundamentales y en el artículo 38 de la Ley Fundamental, mientras que el principio del Estado de derecho se concretiza en normas como las de los artículos 19(4), 97 y 104 de la Ley Fundamental, así como a partir de la regulación de competencias, la cual es una expresión del principio de separación de poderes. Se suele afirmar que la constitucionalización del ordenamiento jurídico alemán constituye el desarrollo más importante de los primeros cuarenta años de existencia del ordenamiento jurídico federal-republicano.⁸⁶ No queda claro si esta intensa constitucionalización se debe entender como algo meramente idiosincrático o como un modelo para otros; lo que sí es incuestionable es que forma parte de lo que en conjunto ha sido un desarrollo sumamente exitoso.⁸⁷

B. *Preceptos para las autoridades supra- e internacionales*

La Ley Fundamental no solo preceptúa el cumplimiento de ciertos principios a las autoridades alemanas, sino también a las entidades supra- e internacionales en las que participa Alemania. Por un lado el ordenamiento alemán muestra una apertura muy clara y considerable hacia el derecho internacional y europeo,⁸⁸ ya que únicamente muy pocas Constituciones

⁸⁴ Cruz Villalón, Pedro, “Rasgos básicos del derecho constitucional de los Estados en perspectiva comparada”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Ius Publicum Europaeum, vol. I, pp. 15 y ss.,

⁸⁵ Sobre las razones, Schönberger, Christoph, “Anmerkungen zu Karlsruhe”, en Jestaedt, Matthias *et al.*, *Das entgrenzte Gericht*, 2011, p. 9 (27).

⁸⁶ Wahl (*op. cit.*, nota 24), más sobre el tema Schuppert, Gunnar Folke y Christian Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000.

⁸⁷ Cfr. con los artículos en Stolleis, Michael (ed.), *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, 2011.

⁸⁸ Abriendo nuevas perspectivas, Vogel, Klaus, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964; de las obras más recientes Wendel (*op. cit.*, nota 67).

europas cuentan con disposiciones similares.⁸⁹ Por otro lado, el artículo 23(1) de la Ley Fundamental impone una serie de preceptos a la Unión Europea. Esta “está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad” y debe garantizar “una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente ley fundamental”. En este aspecto la Ley Fundamental es única en Europa. Las disposiciones de este tipo son mucho más vagas en las Constituciones de otros Estados miembros de la UE.⁹⁰ No obstante, sus tribunales constitucionales a menudo las han interpretado como el Tribunal Constitucional Federal Alemán, si bien de manera menos detallada.⁹¹

Los preceptos para las organizaciones internacionales se deducen de los artículos 24 y 59 de la Ley Fundamental.⁹² Mientras que el artículo 59(2) se sitúa dentro de la media,⁹³ el artículo 24 se puede clasificar como una dis-

⁸⁹ La Constitución portuguesa también es de avanzada en este aspecto. En su artículo 7o. menciona numerosos principios del ordenamiento internacional y europeo; algo más reservada es la Constitución de Holanda, que en su artículo 90 prevé el fomento del desarrollo del ordenamiento jurídico internacional por parte del gobierno. Particularmente de avanzada es la Constitución suiza en su artículo 193(4).

⁹⁰ Ciertos preceptos se encuentran también en el artículo 8(4) de la Constitución portuguesa (“respetando el principio fundamental del Estado de Derecho democrático”).

⁹¹ Ese es el caso en Suecia, Hungría y la República Checa, en cuanto a esto compárese con Wendel (*op. cit.*, nota 67), pp. 449 y ss.; resumiendo, Huber, Peter M., “Estatalidad abierta: un análisis comparado”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (*op. cit.*, nota 84), pp. 69 y ss.; Grabenwarter, Christoph, “National Constitutional Law Relating to the European Union”, en Bogdandy, Armin von y Bast, Jürgen (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2006, pp. 94 (98 y ss.); Mayer, Franz C., “The European Constitution and the Courts”, *ibidem*, p. 281.

⁹² “Artículo 24 [instituciones interestatales] (1) la federación puede transferir, por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales. (1 a) en tanto los Länder son competentes para el ejercicio de poderes y el cumplimiento de tareas estatales, pueden, con la aprobación del gobierno federal, transferir derechos de soberanía a instituciones regionales transfronterizas. (2) para salvaguardar la paz, la federación puede adherirse a un sistema de seguridad colectiva mutua; a tal efecto admitirá aquellas restricciones de sus derechos de soberanía que establezcan y garanticen un orden pacífico y duradero en Europa y entre los pueblos del mundo. (3) para la regulación de conflictos internacionales, la federación se adherirá a convenios sobre arbitraje internacional general, amplio y obligatorio.

Artículo 59 [representación internacional de la federación] (2) los tratados que regulen las relaciones políticas de la federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la administración federal”.

⁹³ Compárese con preceptos similares; por ejemplo: el artículo 53 de la Constitución francesa, el artículo 89 de la Constitución polaca o el artículo 3(a) de la Constitución eslovena.

posición particularmente abierta a la autoridad supraestatal.⁹⁴ El contraste con el artículo 23(1)⁹⁵ refleja el estado del debate en el momento en que se redactó en los años noventa. Sobre esta base, los tribunales y la ciencia jurídica han desarrollado ciertos preceptos asentados en principios para las autoridades supra- e internacionales. Así, una organización internacional no debe exceder el mandato democráticamente legitimado que se le haya encomendado;⁹⁶ 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.⁹⁷ De esto se derivan ciertos preceptos estructurales para las organizaciones internacionales, sobre todo en cuanto a los principios de protección de los derechos humanos y del Estado de derecho.⁹⁸ El principio democrático, por su parte, explica la reserva de ley para efectuar ciertas transferencias de competencias, contenida en los artículos 24 y 59 de la Ley Fundamental, al igual que el principio de atribución. Así se refleja, por ahora, la relevancia del principio democrático para la autoridad pública internacional.

C. *Preceptos para otros Estados*

La Ley Fundamental no contiene ninguna norma específica que prescriba condiciones para que los actos de otros Estados tengan efectos en Alemania. No obstante, tanto la aplicación del derecho privado extranjero,

⁹⁴ Pernice, Ingolf, en Dreier, Horst (ed.), *GG-Kommentar*, 2010, artículo 24, nota marginal 14; otras autorizaciones cautelosas de transferencia de soberanía son el artículo 34 de la Constitución belga, el artículo 90(1) de la Constitución polaca, el artículo 3(a) de la Constitución eslovena y el artículo 10(a) de la Constitución checa.

⁹⁵ “Artículo 23 [Unión Europea —protección de los derechos fundamentales— principio de subsidiariedad] (1) para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones”.

⁹⁶ Compárese con la decisión del Tribunal Federal Constitucional del 22 de noviembre de 2001 sobre el nuevo concepto estratégico de la OTAN (BVerfGE 104, 151).

⁹⁷ Pernice (*op. cit.*, nota 94), nota marginal 32.

⁹⁸ Streinz, Rudolf, en Sachs, Michael (ed.), *GG Kommentar*, 2011, artículo 24, nota marginal 29.

así como el reconocimiento de los fallos de tribunales extranjeros en materia civil por parte de las autoridades alemanas, encuentran sus límites en la así llamada reserva de orden público. De conformidad con el artículo 6(1) de la Ley Introductoria al Código Civil (EGBGB) “una norma jurídica de otro Estado no es aplicable, cuando conduce a un resultado que es en lo esencial incompatible en forma manifiesta con los del derecho alemán”.⁹⁹ Estos principios esenciales se desprenden de los principios de la Ley Fundamental.¹⁰⁰

Respecto del reconocimiento y efecto de decisiones judiciales extranjeras, el principio de reserva de orden público aplica de manera limitada, es decir, únicamente cuando el proceso extranjero no cumple con ciertos requisitos mínimos del Estado de derecho o cuando el resultado del reconocimiento contradice principios esenciales de la Ley Fundamental.¹⁰¹ Entonces, los preceptos dirigidos a la autoridad pública de otros Estados solo actúan de manera indirecta y restringida. Es importante acotar que para reconocer la autoridad de otro Estado no se exige que éste sea un Estado constitucional y democrático.

Finalmente, los principios constitucionales de protección de los derechos humanos, Estado de derecho y democracia son relevantes, en principio, para todas las formas de autoridad pública que surtan efectos en el territorio alemán. Sin embargo, el grado de concretización de estos principios respecto de las distintas autoridades a las cuales se les preceptúa su cumplimiento es muy distinto. Mientras que se cuenta con una rica doctrina y una abundante jurisprudencia respecto de la autoridad ejercida por las instituciones alemanas, sólo se tienen requisitos vagos en lo que se refiere a la autoridad supraestatal de la UE y por último unos cuantos requisitos mínimos en cuanto a los efectos de los actos de otros Estados. Esto tiene su lógica: las exigencias para ejercer la autoridad pública alemana no pueden ser transferidos, así sin más, a instituciones de otros ordenamientos. Una transferencia de este tipo imposibilitaría la integración de Alemania y por

⁹⁹ Similar § 328(1)(4) del Código de Procedimientos Civiles (ZPO); disposiciones correspondientes del derecho de la Unión en el artículo 21 del Reglamento Roma I y en el artículo 10 de Roma II; para el reconocimiento de sentencias extranjeras § 328(1)(4) del Código de Procedimientos Civiles, y el artículo 34(1) del Reglamento sobre Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (“Bruselas I”).

¹⁰⁰ Compárese con el artículo 6(2) de la Ley Introductoria al Código Civil (EGBGB), el cual realiza el requisito de compatibilidad con los derechos fundamentales.

¹⁰¹ Gottwald, Peter, en Rauscher, Thomas *et al.* (eds.), *Münchener Kommentar zur ZPO*, 2008, notas marginales 99-100, 110 y ss.

eso estaría en abierta contradicción con el objetivo constitucional de integración supra- e internacional.¹⁰²

2. Principios fundamentales del derecho de la Unión

A. Preceptos para la Unión

El derecho primario (constitucional) de la Unión Europea establece en el artículo 2(1) del Tratado de la Unión Europea (TUE) los principios fundamentales pertinentes al ejercicio de la autoridad pública, a saber: “libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho”. Numerosas disposiciones del derecho primario de la Unión tienen el objetivo de concretizarlos, sobre todo los artículos 9o. a 12 del TUE en lo que se refiere al principio democrático, o las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en lo que se refiere al respeto de los derechos humanos y al Estado de derecho. Las disposiciones detalladas sobre las competencias de la UE son muy importantes, tanto para el principio democrático como para el Estado de derecho. Aquí nos referimos sobre todo a los artículos 1(1), 4o. y 5o. del TUE, así como a los artículos 2o. a 6o. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Valiéndose de la tradición constitucional europea, lentamente se han ido desarrollando doctrinas específicas sobre algunos principios constitucionales de la Unión; éstas toman en serio las especificidades de la Unión, y así concretizan su carácter sui géneris.¹⁰³ Si bien los principios relativos a la Unión se nutren de los discursos en torno a los principios estatales, no pueden seguirlos ciegamente. El acervo alemán, en particular, debido a su alto grado de sofisticación, no puede servir como modelo, ya que a nivel europeo faltan muchas de las condiciones que le dan sustento, como por ejemplo: el trasfondo histórico traumático, el rol tan específico del Tribunal Federal Constitucional Alemán, y la importancia de la ciencia jurídica en ese país. Ciertamente, ha habido una constitucionaliza-

¹⁰² Esto se deduce del preámbulo, el cual reza “consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente ley fundamental...”.

¹⁰³ Molinier (*op. cit.*, nota 76); Mangiameli, Stelio (ed.), *L'ordinamento Europeo: I principi dell'Unione*, Mailand, 2006; Bauer, Hartmut y Calliess, Christian (eds.), *Verfassungsprinzipien in Europa*, 2008; Franzius, Claudio, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, Atenas, 2010, pp. 87 y ss.; Beutler, Bengt, “Die Werte der Europäischen Union und ihr Wert”, *FS für Rainer Wahl*, 2011, p. 635.

ción del derecho de la Unión,¹⁰⁴ pero esta constitucionalización no se puede comparar con la del ordenamiento jurídico alemán.

B. Preceptos para los Estados

Los principios del artículo 2o. TUE no sólo imponen preceptos a las autoridades de la Unión, sino también a las estatales. En este aspecto hay que diferenciar entre los Estados miembros de la UE y los terceros Estados.

De los artículos 7o. y 49 del TUE se desprende la relevancia de estos principios para los Estados miembros en todo ejercicio de autoridad pública que efectúen, aun fuera del ámbito de aplicación del artículo 51 de la CDFUE.¹⁰⁵ ¿En qué medida determina esto la estructura constitucional de los Estados miembros? Es un tema crucial para el constitucionalismo europeo.¹⁰⁶ Ciertamente, los requisitos del artículo 2o. TEU no se pueden interpretar bajo la lógica de un principio de homogeneidad como en un Estado federal.¹⁰⁷ Tal interpretación no tendría cabida en el derecho de la Unión a la luz del artículo 4(2) del TUE (protección de la identidad nacional), porque entraría en conflicto con la diversidad de las constituciones de

¹⁰⁴ Revolucionario Weiler, Joseph H. H., “The Transformation of Europe”, *Yale Law Journal*, núm. 100, 1991, 2403.

¹⁰⁵ Hilf, Meinhard y Schorkopf, Frank, en Grabitz, Eberhard *et al.* (eds.), *Das Recht der Europäischen Union* (colección de hojas sueltas, Estado de las mismas en julio de 2010), artículo 2 EU, nota marginal 18; Ruffert, Matthias, en Calliess, Christian y Ruffert, Matthias (eds.), *EU/ AEUV*, 2011, artículo 7o. EU, nota marginal 4; Verhoeven, Amaryllis, “How Democratic Need European Union Members Be?”, *El Rev.*, núm. 23, 1998, pp. 217 (222-224, 234); Declaration of the Presidency of the Convention, del 6 de febrero de 2003, CONV 528/03, 11.

¹⁰⁶ Esto se evidencia en la discusión sobre la interpretación del artículo 51(1) de la Carta de los Derechos Fundamentales. Para una interpretación restrictiva véase, por ejemplo, Huber, Peter M., “Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte”, *NJW*, núm. 64, 2011, p. 2385; Borowsky, Martin, “Art. 51 GrCH”, en Meyer, Jürgen (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2011, nota marginal 24; una interpretación distinta en Lenaerts, Koen, *Die EU Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung*, Europarecht, 2012, p. 3. TJUE, Asunto C-617/10, Akerberg Fransson; la reacción crítica del Tribunal Federal Constitucional Alemán en su fallo sobre el almacenamiento de datos, 1 BvR 1215/07, 24 de abril de 2013, párrs. 88 y ss., en http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20130424_1bvr121507.html.

¹⁰⁷ Este principio encuentra expresión en el artículo 28(1) de la Ley Fundamental, y reza en lo conducente: “el orden constitucional de los *Länder* debe responder a los principios del estado de derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente ley fundamental. En los *Länder*, distritos y municipios, el pueblo debe tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas”.

los Estados miembros. En la Unión Europea hay repúblicas y monarquías, sistemas parlamentarios y semipresidencialistas, parlamentos poderosos y débiles, democracias competitivas y consociativas, estructuras partidarias fuertes y débiles, instituciones sociales fuertes y débiles, Estados unitarios y federales, tribunales constitucionales fuertes, débiles e inexistentes, así como divergencias notables en cuanto al contenido y nivel de protección de los derechos fundamentales.¹⁰⁸ Ante este trasfondo, es un desafío jurídico importante desarrollar preceptos para el ejercicio de autoridad pública a nivel de la Unión que sean adecuados a su problemática particular.¹⁰⁹

Haciendo referencia ahora a los terceros Estados, se debe diferenciar entre los Estados candidatos a la UE y los demás Estados. Los Estados candidatos deben, de conformidad con el artículo 49 TUE, cumplir con los principios fundamentales del artículo 2 TUE.¹¹⁰ En el pasado esto fue un catalizador para el desarrollo liberal democrático en aquellos Estados.¹¹¹ Más allá de esto, tal y como se desprende de los artículos 3(5) y 21(1) del TUE, el derecho de la Unión obliga a los órganos de la Unión a procurar un desarrollo constitucional acorde con la tradición liberal democrática en otros Estados, también fuera de Europa.¹¹² Evidentemente, a los redactores del Tratado les gusta la idea de una Unión que porta el estandarte de la libertad democrática.¹¹³ A pesar de haber sido consagrados en el Tratado, estos principios no han dejado mayor huella en el actuar real de la Unión: los discursos de aplicación de estas normas han sido algo escue-

¹⁰⁸ Cruz, Villalón (*op. cit.*, nota 84).

¹⁰⁹ Un intento en este sentido: Bogdandy, Armin von *et al.*, “Un salvavidas para los derechos fundamentales europeos. Principios básicos de una doctrina Solange en el derecho de la Unión”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 28, 2012, pp. 1-34.

¹¹⁰ En detalle Rötting, Michael, *Das verfassungsrechtliche Beitrittsverfahren zur Europäischen Union*, 2009.

¹¹¹ Sadurski, Wojciech, “Accession’s Democracy Dividend: The Impact of the EU Enlargement upon Democracy in the New Member States of Central and Eastern Europe”, *ELJ*, núm. 10, 2004, p. 371; Sedelmeier, Ulrich, “Europeanisation in new member and candidate states”, *Living Reviews in European Governance*, núm. 6, 2011, en <http://www.livingreviews.org/lreg-2011-1>.

¹¹² Sobre este tema, desde la óptica de las ciencias políticas, Manners, Ian, “Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?”, *Journal of Common Market Studies*, núm. 40, 2002, p. 235; Schimmelfennig, Frank, “Europeanization, beyond Europe”, *Living Reviews in European Governance*, núm. 7, 2012, en <http://www.livingreviews.org/lreg-2012-1>.

¹¹³ Sobre el aspecto hegemónico, Galtung, Johan, *The European Community: A Superpower in the Making*, Oslo-London, 1973, Insbesondere, pp. 117 y ss.

tos hasta ahora¹¹⁴ y la jurisprudencia sobre esta materia es prácticamente inexistente.¹¹⁵

C. *Preceptos para las instituciones internacionales*

Los tratados de la Unión no contienen disposiciones expresas respecto de la recepción de los actos de autoridad pública de las instituciones internacionales. No obstante, es posible interpretar los objetivos previstos en los artículos 3(5) y 21(1) del TUE en el sentido de que las normas de la Unión la obligan a procurar el desarrollo liberal y democrático de las organizaciones internacionales.¹¹⁶ Este objetivo se refleja también en las correspondientes normas de atribución de competencias.¹¹⁷ Hasta ahora el TJUE no ha mostrado mucho interés en desarrollar preceptos estructurales para las instituciones internacionales. Su jurisprudencia parece orientarse, sobre todo, a la protección de la autonomía del derecho de la Unión y de sus propias potestades jurisdiccionales.¹¹⁸ De particular importancia en este contexto ha sido la así llamada “jurisprudencia Kadi”. Muchos comparten la opinión de que el TJUE dejó pasar la oportunidad en este caso de aplicar la fórmula Solange a los actos de autoridades internacionales que surten efectos en la Unión, y lo critica por eso.¹¹⁹

¹¹⁴ Compárese con Cremona, Marise, “Values in EU Foreign Policy”, en Evans, Malcolm y Koutrakos, Panos (eds.), *Beyond the Established Legal Orders*, 2011, pp. 275 (280 y ss.); Krajewski, Markus, “External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Foreign Policy?”, *Common Market Law Review*, núm. 42, 2005, pp. 91 (106 y ss.).

¹¹⁵ Se suele recurrir preferiblemente a los artículos 3(5) 21(1) para fundamentar la relación de la Unión con el derecho internacional público. Compárese con TJUE, Asunto C-366/10, *Air Transport Association of America* y otros, no ha sido publicado en la recopilación de jurisprudencia, nota marginal 101: compárese también con TJUE Asunto T-85/09, *Kadi* (Kadi II), Recopilación de Jurisprudencia 2010, p. II-05177

¹¹⁶ En este sentido, Petersmann, Ernst-Ulrich, “The 2004 Treaty Establishing a Constitution for Europe and Foreign Policy: A New Constitutional Paradigm?”, *FS für Manfred Zuleeg*, pp. 176, (185 y ss.); Cremona (*op. cit.*, nota 114), pp. 307 y ss.

¹¹⁷ Con referencia al artículo 207 del TFUE (política comercial común); al artículo 208(1) del TFUE (cooperación para el desarrollo); artículo 212(1) (cooperación económica, financiera y técnica con terceros países) y el artículo 214(1) (ayuda humanitaria).

¹¹⁸ Dictamen del Tribunal de Justicia 1/91 del 14 de diciembre de 1991, Recopilación de jurisprudencia 1991, p. I-6079, en especial las notas marginales 34 y ss. y Dictamen del Tribunal Europeo de Justicia 1/09 del 8 de marzo de 2011 (Tribunal de patentes), no ha sido publicado en la recopilación de jurisprudencia, notas marginales 64 y ss.

¹¹⁹ En este sentido, Weiler, Joseph H. H., “EJIL Editorial”, *EJIL*, núm. 19, 2008, pp. 895 (896); Halberstam, Daniel y Stein, Eric, “The United Nations, the European Union and

3. *Los principios fundamentales del derecho internacional público*

A. *Preceptos del derecho internacional público general*

El derecho internacional público carece de un acto jurídico, comparable a la Ley Fundamental o al Tratado de la Unión Europea, que preceptúe la aplicabilidad de los principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho y de la democracia para el conjunto del derecho internacional público, o incluso para todo el derecho en general. No obstante, desde hace mucho tiempo ha habido intentos políticos y académicos para superar esta situación, que muchos consideran deficitaria. En las últimas dos décadas estos intentos han ganado intensidad.¹²⁰ De los esfuerzos de la ciencia jurídica en este sentido podemos hacer especial referencia a los partidarios de una constitucionalización del derecho internacional público.¹²¹

El constitucionalismo asevera que ciertas normas fundamentales internacionales son componentes de un derecho constitucional supraestatal.¹²² Algunos partidarios de este enfoque proponen clasificar ciertos principios como *ius cogens*, el cual no solo tiene primacía dentro del derecho internacional público, sino también en el derecho en general.¹²³ A mi parecer, una clasificación de este tipo extiende inaceptablemente los límites del instituto

the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order”, *CMLR*, núm. 46, 2009, pp. 13 (60 y ss.); sobre el planteamiento Solange en el caso Kadi, entre otros, Sauer, Heiko, “Rechtsschutz gegen völkerrechtsdeterminiertes Gemeinschaftsrecht? – Die Terroristenlisten vor dem EuGH”, *NJW*, 2008, pp. 3685 (3686); López-Jacoiste, Eugenia, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales: algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, 2010, p. 826; Santos Vara, Juan, “El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, 2009, p. 104.

¹²⁰ Recientemente se fundó una revista interdisciplinaria especialmente para este tema: *Global Constitutionalism*, compárese con el editorial de su primera edición: Wiener, Antje *et al.*, “Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law”, en *Global Constitutionalism*, núm. 1, 2012, p. 1.

¹²¹ Kleinlein (*op. cit.*, nota 11).

¹²² Peters, Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 579.

¹²³ De esta manera, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia encontró, en el caso Furundžija, que la prohibición de tortura había alcanzado el grado de *ius cogens*, lo cual implica la prohibición de cualquier normativa nacional que afecte la validez de esta prohibición, Sentencia de primera instancia del 10 de diciembre de 2012 (IT-95-17/1-T), párrafos 144 y ss.

jurídico del *ius cogens*.¹²⁴ Una corriente más cautelosa del constitucionalismo desarrolla algunas disposiciones claves de la Carta de las Naciones Unidas a la luz de ciertos principios fundamentales constitucionales.¹²⁵ Otra corriente hace uso de un concepto material de Constitución y señala así algunas normas del derecho internacional público que habrían adquirido la importancia de normas constitucionales.¹²⁶ Basándose en el derecho administrativo, es posible llegar a conclusiones similares.¹²⁷ El enfoque de derecho público que aquí planteamos también tiene como objetivo el aseguramiento y fomento de una gobernanza liberal y democrática. Sin embargo, al contar con un fundamento conceptual distinto (el de autoridad pública en lugar de Constitución) evita muchos de los problemas de los otros planteamientos aquí descritos.

B. *Preceptos para los Estados*

El precepto más claro para los Estados es la obligación de cumplir con el principio de protección de los derechos humanos. Para los Estados parte de los pactos universales de derechos humanos su obligatoriedad no deja duda alguna.¹²⁸ La función que estos pactos tienen a lo interno de los Estados ha sido reconocida expresamente en numerosas Constituciones de reciente data.¹²⁹ Menos clara es la obligatoriedad para los Estados que no son

¹²⁴ Las correspondientes declaraciones, como por ejemplo el World Summit Outcome Document de septiembre 2005, según el cual el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos “belong to the universal and indivisible core values and principles of the United Nations” (*op. cit.*, nota 79), no son suficiente para darles carácter de *ius cogens*; más en detalle, Kadelbach, Stefan, “Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and Other Rules – The Identification of Fundamental Norms”, en Thouvenin, Jean-Marc y Tomuschat, Christian (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden, 2006, p. 30.

¹²⁵ Verdross, Alfred y Simma, Bruno, *Universelles Völkerrecht*, 1984, pp. 69 y ss.; Fassbender, Bardo, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden, 2009.

¹²⁶ En el sentido de un desarrollo constitucional multinivel, Peters, Anne, “Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse”, *ζÖR*, núm. 65, 2010, p. 3.

¹²⁷ Kingsbury *et al.* (*op. cit.*, nota 35), p. 15.

¹²⁸ Una voz con autoridad proveniente del “nuevo mundo”, Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, 2012, p. 227.

¹²⁹ En el espacio jurídico europeo compárese con el artículo 10 de la Constitución española; el artículo 20 de la Constitución rumana; el artículo 11 de la Constitución eslovaca; de igual manera, compárese con las disposiciones más recientes de las Constituciones latinoamericanas, por ejemplo, los artículos 75 y 22 de la Constitución argentina, el artículo 6 de la Constitución uruguaya; además Binder, Christina, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, núm. 11, 2011, p. 1203.

parte de estos pactos. En este sentido, hay abundantes planteamientos de la doctrina que argumentan su obligatoriedad de manera convincente, por lo menos en lo que concierne a los derechos humanos fundamentales.¹³⁰ Dentro de estos derechos se incluyen, al menos, el derecho a la vida, así como la prohibición de la tortura, de la esclavitud y de la detención arbitraria.¹³¹

Lo problemático del principio de protección de los derechos humanos no es tanto su fundamento jurídico sino más bien su cumplimiento, como bien lo documentan los inquietantes reportes de un gran número de organizaciones. Esto nos lleva al principio del Estado de derecho. Este principio, denominado también *rule of law* o *prééminence du droit*, es muy complejo. Sus componentes más importantes en este momento son instituciones y procedimientos que hacen valer la normatividad del derecho, y, en consecuencia, de los derechos humanos frente a toda autoridad, incluso toda autoridad pública.

Numerosos tratados internacionales contienen elementos del principio de Estado de derecho, cuyo cumplimiento es exigido a las administraciones públicas y los tribunales estatales. Como ejemplo podemos mencionar los artículos 9(3)-(4), 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo X del GATT; o el artículo 88 del Estatuto de Roma.¹³² Estas disposiciones fueron formuladas, en su mayor parte, para ámbitos específicos del derecho. A pesar de esto, en la literatura se describe reiteradamente una tendencia hacia un desarrollo de esta dimensión del derecho internacional público y hasta se habla de la emergencia en el derecho internacional público de un principio del debido proceso (*due process*) global.¹³³ Así, si bien Sabino Cassese no considera que exista un principio general de debido

¹³⁰ De Schutter, Olivier, *International Human Rights Law*, Cambridge, 2010, pp. 49 y ss., Simma, Bruno y Alston, Philip, “The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles”, *Australian Yearbook of International Law*, núm. 12, 1988/1989, p. 100; Meron, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989, p. 79; en este sentido también la opinión consultativa de la CIJ del 9 de julio de 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, párrafos 107 y ss.

¹³¹ Kadelbach (*op. cit.*, nota 124), p. 29.

¹³² Para una compilación de los principios correspondientes, Cassese, Sabino, “A Global Due Process of Law?”, en Anthony, Gordon *et al.* (eds.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, 2011, pp. 17 (21 y ss.); a nivel europeo también aplican las garantías de la CEDH, en especial los artículos 6o. y 13o.

¹³³ Cassese, Sabino (*op. cit.*, nota 132); Correia, Sérvulo, “Administrative Due or Fair Process: Different Paths in the Evolutionary Formation of a Global Principle and of a Global Right”, en Anthony, Gordon *et al.* (eds.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, 2011, p. 313; Palombella, Gianluigi, “The Rule of Law Beyond the State: Failures, Promises, Theory”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 7, 2009, p. 442.

proceso en el ámbito internacional, describe una clara tendencia hacia el desarrollo y consolidación de ciertos requisitos clave de este principio.¹³⁴ Los tribunales internacionales juegan un rol de suma importancia en este desarrollo.¹³⁵

Aún más difícil es la situación jurídica del principio democrático. La Carta de las Naciones Unidas solo le exige a sus Estados miembros que sean, de conformidad con el artículo 4(1), “amantes de la paz”. El derecho de libre determinación de los pueblos, asegurado por el derecho internacional público de muchas maneras, apunta en la misma dirección que el principio democrático, pero su contenido general se queda atrás de éste.¹³⁶ Sin duda alguna, ciertos aspectos importantes de las formas constitucionales democráticas son reafirmados por el derecho internacional público, particularmente a través de las normas protectoras de los derechos humanos y de las minorías. Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ordena la celebración de elecciones periódicas y auténticas en su artículo 25.¹³⁷ Si bien la fuerza normativa de esta disposición sufre debido a la práctica de Estados como China y Rusia, ciertamente no es destruida. Igualmente, se discute sobre si el derecho internacional público obliga a una forma constitucional democrática.¹³⁸ Una serie de autores ven un desarrollo apuntando hacia un mandato democrático universal en tanto que principio jurídico, pero admiten que todavía no ha cristalizado como tal. No obstan-

¹³⁴ Cassese, Sabino (*op. cit.*, nota 132), p. 51.

¹³⁵ *Cfr.* con WTO Appellate Body Report, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT-DS58/AB/R, del 6 de noviembre de 1998, párrafo 182.

¹³⁶ Peters, Anne, *Das Gebietsreferendum im Völkerrecht*, 1995, pp. 387 y ss.; Thüerer, Daniel y Burri, Thomas, sus observaciones en el artículo sobre “Self-Determination”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012 (edición electrónica), indican ciertos avances en el derecho a la libre determinación de los pueblos, pero no una equiparación con el derecho a la democracia; Wheatley, Steven, *The Democratic Legitimacy of International Law*, Oxford, 2010, p. 213, se refiere al estatus de *ius cogens* y la fuerza *erga omnes* del derecho a la libre determinación de los pueblos sin equipararlo al derecho a la democracia.

¹³⁷ Nowak, Manfred, U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, Article 25, notas marginales 1 y 18; por el contrario, la situación jurídica en el ámbito europea es mucho más clara, en particular gracias a los artículos 10.-30. del Protocolo Adicional a la CEDH, Frowein, Jochen, en Frowein, Jochen y Peukert, Wolfgang (eds.), *Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar*, 1996, p. 835.

¹³⁸ Franck, Thomas M., “The Emerging Right to Democratic Governance”, *AJIL*, núm. 86, 1992, p. 46; Peters, Anne, en Klabbers, Jan *et al.* (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009, pp. 263 (273 y ss.); Petersen, Niels, *Demokratie als teleologisches Prinzip*, 2009; Besson, Samantha, “Das Menschenrecht auf Demokratie”, en Haller, Gret *et al.* (eds.), *Menschenrechte und Völkssouveränität in Europa*, 2011, p. 61.

te, el principio democrático ya ha sido establecido como principio rector y estructural.¹³⁹

Este desarrollo evidencia otro elemento de la transformación del concepto de soberanía. La vieja soberanía era un concepto de “cierre”. Hoy, en cambio, la soberanía se está transformando en un instituto cada vez más funcional: hay soberanía de los Estados para constituir ordenamientos jurídicos respetuosos de los principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho, y quizá hasta de la democracia.¹⁴⁰

C. *Preceptos para las organizaciones internacionales*

Los principios del derecho público tradicionalmente procuran contener a la autoridad estatal. Por el contrario, el derecho de las organizaciones internacionales ha sido interpretado desde hace mucho tiempo desde una óptica funcionalista; es decir, no para contener sus competencias, sino más bien para fortalecerlas.¹⁴¹ Debido a que las organizaciones internacionales se han visto fortalecidas en el proceso de globalización y se han convertido en verdaderos agentes de autoridad pública, corresponde preguntarse sobre la aplicación de los principios aquí planteados a sus actuaciones. El debate que hasta ahora se había concentrado a la Unión Europea se ha ido universalizando.

En un primer momento se cuestionó el alcance de la obligatoriedad de los derechos humanos para las organizaciones supra- e internacionales. Aunque éstas sólo en muy pocos casos pueden emitir actos con efectos directos, la relevancia para los derechos humanos de muchas de sus prácticas son hoy en día evidentes, ya estemos hablando de las sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad de la ONU, de los préstamos del Banco Mundial, o del reconocimiento de la condición de refugiado por parte del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Dado que en general estas instituciones no son parte contratante de los pactos de derechos humanos, su obligatoriedad requiere de construcciones doctrinales; pero hoy en día no hay carencia de propuestas convincentes en este sentido.¹⁴² Actual-

¹³⁹ En detalle, Petersen (*op. cit.*, nota 138).

¹⁴⁰ Peters, Anne, “Realizing utopia as a scholarly endeavour”, *EJIL*, núm. 24, 2013, p. 538; Benvenisti (*op. cit.*, nota 32).

¹⁴¹ Klabbers, Jan, “Two Concepts of International Organization”, *International Organizations Law Review*, 2005, p. 277.

¹⁴² Simma y Alston (*op. cit.*, nota 130), pp. 100 y ss.; Ahmed, Tawhida y Butler, Israel de Jesús, “The European Union and Human Rights: An International Law Perspective”, *EJIL*, núm. 17, 2006, p. 771; McCorquodale, Robert, “International Organizations And

mente ninguna institución internacional niega la relevancia de los derechos humanos para sus actuaciones.¹⁴³ Es evidente que si así lo hicieran, sufrirían una crisis en su legitimidad y pondrían en riesgo a la organización.

La situación es similar respecto de muchos elementos del principio de Estado de derecho o *rule of law*. Aunque claramente no son Estados, muchas instituciones internacionales cuentan con complejas reglas institucionales y procesales.¹⁴⁴ Es difícil hacer afirmaciones de carácter general debido a que la situación jurídica de las diferentes organizaciones suele ser muy variada.¹⁴⁵ En general hay una ausencia de disposiciones claras y expresas que permitan y posibiliten un recurso de índole judicial en contra de los actos de las instituciones internacionales.¹⁴⁶ No obstante, cada vez más, los derechos humanos se comprenden de manera tal que requieren de tales mecanismos.¹⁴⁷ Por esta razón, se creó el Panel de Inspección del Banco Mundial al igual que la oficina del Ombudsman en el marco de las así llamadas sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad.¹⁴⁸ Una cuestión importante y pendiente de resolución es la medida en la cual los tribunales estatales pueden compensar las deficiencias del ámbito internacional.¹⁴⁹

Aún más difícil es la cuestión sobre la existencia del principio democrático en el derecho internacional público respecto de las instituciones inter-

International Human Rights Law”, en Kaikobad, Kaiyan Homi y Bohlander, Michael (eds.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice*, Leiden 2009, p. 141.

¹⁴³ Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el Estado de derecho en los planos nacional e internacional, A/RES/67/1, 30 de noviembre de 2012, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/478/69/PDF/N1247869.pdf>; *idem*, En aras de la justicia: un programa de acción para reforzar el estado de derecho en los planos nacional e internacional. Informe del secretario general, A/66/749, 16 de marzo de 2012, en http://www.unrol.org/files/sg%20report%20spanish%2066_%20749.pdf.

¹⁴⁴ Bernstorff, Jochen von, “Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations”, *German Law Journal*, núm. 9, 2008, pp. 1939 (1951 y ss.).

¹⁴⁵ En detalle, Schermer, Henry G. y Blokker, Niels M., *International Institutional Law*, Leiden, 2011, pp. 501 y ss.

¹⁴⁶ Schmalenbach, Kirsten, “International Organizations or Institutions, Legal Remedies against Acts of Organs”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012 (edición electrónica), nota marginal 25.

¹⁴⁷ Feinäugle, Clemens A., *Hoheitsgewalt im Völkerrecht: das 1267-Sanktionsregime der UN und seine rechtliche Fassung*, 2011, pp. 191 y ss.

¹⁴⁸ Schmalenbach (*op. cit.*, nota 146); Wet, Erika de, “Holding International Institutions Accountable: The Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review”, *German Law Journal*, núm. 9, 2008, pp. 1987 (2000).

¹⁴⁹ Más en detalle, Reinisch August (ed.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford, 2010.

nacionales. Mientras que el Tratado de la UE prescribe claramente la obligatoriedad del principio democrático para esta organización supranacional, los estatutos de las organizaciones internacionales no cuentan con una disposición análoga. Pero seríamos demasiado iuspositivistas si en razón de la ausencia de una disposición expresa desterráramos la idea de la democracia dentro las organizaciones internacionales del pensamiento jurídico y la relegáramos exclusivamente a las ciencias políticas o a la filosofía política. En vista de las manifiestas dificultades de hablar de procesos democráticos en el ámbito internacional, muchos autores prefieren hablar de rendición de cuentas o *accountability*.¹⁵⁰ Pero, al fin y al cabo, la rendición de cuentas tiene que ver con la cuestión democrática, ya que se trata de una manera de vincular a las organizaciones internacionales con los valores, intereses y convicciones de los ciudadanos afectados y de asumir responsabilidad frente a ellos. Hay muchas opiniones en este debate. Ciertamente, la obligación de las organizaciones internacionales de apegarse a su instrumento constitutivo se puede interpretar como un aspecto del principio democrático.¹⁵¹ Otros aspectos importantes son la transparencia, el rol de los gremios parlamentarios, así como los derechos de participación de las organizaciones no gubernamentales.¹⁵² Sin duda que para las organizaciones internacionales el concepto de democracia hoy en día también sirve como punto de fuga de constructos doctrinales (por ejemplo, doctrinas sobre las competencias) y de la crítica.

III. CUESTIONES RELATIVAS AL DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS

1. *Potencialidades y problemas*

Los principios de la protección de los derechos humanos, del Estado de derecho y, de manera más limitada, de la democracia, se pueden identificar tanto en el derecho alemán como en el derecho de la Unión y en el derecho

¹⁵⁰ International Law Association, *Accountability of International Organisations*, Final Report, 2004, en http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm; Kingsbury (*op. cit.*, nota 56); Curtin, Deirdre y Wille, Anchrit (eds.), *Meaning and Practice of Accountability in the EU Multi-Level Context*, 2008; Dann, Philipp, "Accountability in Development Aid Law. The World Bank, UNDP and the Emerging Structures of Transnational Oversight", *AVR*, nota 44, 2006, p. 381.

¹⁵¹ Wolfrum, Rüdiger, "Kontrolle der auswärtigen Gewalt", *VVDStRL*, núm. 56, 1997, pp. 38 (45 y ss. y 61 y ss.); Klabbers, Jan, *Research Handbook on the Law of International Organizations*, 2011, pp. 208 y ss.

¹⁵² En detalle, Bogdandy (*op. cit.*, nota 75).

internacional público. La pretensión de validez de los respectivos principios no se limita a las instituciones del ordenamiento jurídico del cual provienen, sino que se extiende a las instituciones de aquellos ordenamientos con los cuales se interactúa. Por eso, dichos principios permiten un discurso general sobre asuntos esenciales. El potencial que esta convergencia tiene para conceptualizar el fenómeno de autoridad pública de las distintas instituciones es indudable. Sin embargo, el hecho de que las normas de los diferentes ordenamientos jurídicos —alemán, europeo e internacional— establezcan principios aplicables a los actos de autoridad pública de otros órdenes normativos hace surgir interrogantes difíciles, como por ejemplo, ¿cuál es el ordenamiento jurídico que provee las bases para un entendimiento generalizado de los principios?¹⁵³ La manera clásica de resolver este tipo de cuestión y de ordenar los diferentes discursos en torno a los principios lo podemos encontrar en el artículo IV(4) y en la decimacuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. En Alemania lo encontramos en el artículo 28(1) de la Ley Fundamental. Según estas disposiciones, los principios de los estados federados se deben ajustar a aquellos del ente superior; eso es, del Estado federal.

No contamos con semejante norma para resolver nuestra cuestión.¹⁵⁴ Solo contamos con unos cuantos constructos doctrinales que se ocupan de lo verdaderamente fundamental: el modo de ordenar recíprocamente el derecho estatal, el derecho de la Unión y el derecho internacional público.

Esta cuestión general se divide en una serie de cuestiones distintas, pero interrelacionadas. En lo que se refiere a las actuaciones de las instituciones internacionales, hay que determinar la validez, el rango y los efectos de estos actos dentro del ámbito territorial de aplicación del derecho de la Unión y del derecho nacional. En otras palabras, la pregunta es ¿cuál es el tratamiento que las instituciones de la Unión o los órganos alemanes deben darle a dichos actos? La situación inversa es algo distinta. La cuestión no versa sobre la validez, rango o efectos del derecho de la Unión y del derecho estatal dentro del ordenamiento jurídico internacional, sino más bien sobre si los órganos de la Unión o si los órganos estatales pueden obedecer un acto del derecho internacional. En otras palabras, ¿cuál es la relevancia de un acto del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno? Dado que

¹⁵³ Un tema esencial de Carl Schmitt es que el principio de soberanía clásico lo impide. Cfr. Schmitt, Carl, *Der Nomos der Erde*, 1950, pp. 96 y ss.

¹⁵⁴ A pesar de que existen algunos planteamientos en el derecho positivo. Tradicionalmente: artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos; en el espacio jurídico europeo, por ejemplo, los artículos 1 y 25 de la Ley Fundamental, el artículo 10 de la Constitución italiana, el artículo 55 de la Constitución francesa, y el artículo 216(2) del TFUE.

los principios normalmente no conducen a conflictos directos, surge la pregunta de la interrelación de los diferentes entendimientos y manifestaciones de estos principios, diferencias que se explican a partir del desarrollo particular que éstos tienen en el derecho positivo, jurisprudencia y doctrina de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Una pregunta parecida se plantea respecto del peso que se le debe acordar al derecho comparado.

2. *Pluralismo de principios*

La reflexión sobre la relación entre los principios en los diferentes niveles tiene la dificultad de seguir siendo cautiva de dos teorías de inicios del siglo XX: el monismo y el dualismo.¹⁵⁵ Valiéndonos de ellas no es posible llegar a ningún entendimiento plausible. La situación jurídica y política actual es fundamentalmente distinta a aquella de hace cien años. El caso alemán es emblemático: Alemania, en aquel entonces un Estado bastante autoritario y expansionista, se ha convertido en un Estado constitucional desarrollado, las rivalidades con sus países vecinos por territorio colonial han cesado y el país se ha insertado, junto con esos mismos vecinos, en una red altamente interconectada de organizaciones supra e internacionales, justamente para superar tal rivalidad destructiva. Es de notar que el estudio más importante promoviendo el dualismo bajo la Ley Fundamental se publicó en 1967, y por esta razón no puede abordar los fenómenos de la gobernanza global.¹⁵⁶ Pero tampoco el monismo es convincente, ni como doctrina ni como teoría. Lo prueba la práctica jurídica en el contexto actual: siempre que un actor debe tratar una cuestión de validez, rango, efectos, significado o legitimidad de una norma u otro acto, el primer paso es asignar tal acto a un ordenamiento jurídico específico; semejante práctica contradice así la idea de una amalgama de ordenamientos jurídicos. Todas las cuestiones esenciales son respondidas siempre de acuerdo con un ordenamiento específico. Por eso, tanto el monismo como el dualismo han agotado su utilidad como constructos doctrinales ya que no están en capacidad de proponer soluciones plausibles a las preguntas jurídicas prácticas. Como constructos teóricos para

¹⁵⁵ Revolucionario, Triepel, Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, pp. 12-22; Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 1934, pp. 129-154; Scelle, Georges, *Précis de Droit des Gens*, 1932, pp. 31-32; en detalle, Amrhein-Hofmann, Christine, *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*, 2003; Dupuy, Pierre-Marie, “International Law and Domestic (Municipal) Law”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012 (edición en línea).

¹⁵⁶ Rudolf, Walter, *Völkerrecht und deutsches Recht*, 1967.

comprender la estructura integral del derecho son igualmente inútiles, tanto analítica como normativamente. El dualismo comparte el mismo destino del concepto tradicional de soberanía. El monismo que sostiene la primacía del derecho internacional público comparte las mismas debilidades que el derecho constitucional mundial en tanto que paradigma para comprender el derecho en vigencia. En el derecho constitucional se podría pensar, basándonos en el concepto de soberanía, en mantener un monismo con la primacía del derecho estatal; es consecuente con la idea de que los principios constitucionales nacionales constituyen el punto central del universo normativo. La opinión de Antonin Scalia sobre el derecho comparado constituye un buen ejemplo de este tipo de monismo,¹⁵⁷ así como aquella de los autores que entienden al derecho internacional como derecho nacional para el contacto con el extranjero (*äußeres Staatsrecht*).¹⁵⁸ Pero estas opiniones pueden ser desafiadas, aun respecto de la Constitución estadounidense, como lo demuestra el argumento contundente sobre la intención de los constituyentes estadounidenses de integrar a su país en un proyecto universal.¹⁵⁹ En Alemania, una concepción como la de Scalia no tendría cabida a la luz de la manifiesta decisión fundamental de contar con un Estado abierto.

Existen abundantes propuestas conceptuales para captar esta nueva constelación. De particular importancia en el contexto de habla alemana podemos mencionar los siguientes conceptos: sistema multinivel (*Mehrebenensystem*), red (*Netzwerk*) y entramado (*Verbund*).¹⁶⁰ Estas propuestas conceptuales forman parte del debate internacional que concibe a esta nueva constelación desde la óptica del pluralismo jurídico.¹⁶¹ La conclusión central

¹⁵⁷ Compárese con la opinión disidente del juez Antonin Scalia en la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Roper v. Simmons*, 543 U.S. (2005); así como una discusión con el juez Stephen Breyer, ciertos extractos fueron impresos en *International Journal of Constitutional Law* 3, 2005, p. 519.

¹⁵⁸ Goldsmith, Jack y Posner, Eric, *The Limits of International Law*, Oxford, 2005; Bradley, Curtis y Goldsmith, Jack, *Foreign Relations Law*, Nueva York, 2007.

¹⁵⁹ Jackson, Vicki C., *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, 2010, pp. 153 y 154.

¹⁶⁰ Sobre el concepto de entramado (*Verbund*), Bogdandy, Armin von, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999; Schönberger, Christoph, “Die Europäische Union als Bund”, *AöR*, núm. 129, 2004, p. 81; sobre el concepto multinivel (*Mehrebenen*), Pernice, Ingolf, “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, *Eur. L. Rev.*, núm. 27, 2002, p. 511; sobre el concepto de red (*Netzwerk*), Goldmann, Matthias, “Der Widerspenstigen Zähmung, oder: Netzwerke dogmatisch gedacht”, en Boysen, Sigrid (ed.), *Netzwerke*, 2007, p. 225.

¹⁶¹ Günther, Klaus, “Rechtspluralismus und universeller Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem”, *FS für Jürgen Habermas*, 2001, p. 539; Griffiths, John,

compartida por todas las concepciones pluralistas consiste en dejar de concebir a los distintos principios que regulan las interacciones sociales y que provienen del derecho internacional público, del derecho de la Unión o del derecho estatal nacional como pertenecientes a un ordenamiento jurídico unitario. Por lo tanto, rechazan el paradigma de jerarquía como símbolo del orden entre los ordenamientos.¹⁶²

Las perspectivas pluralistas se dividen en dos campos. La posición más radical sostiene que los conflictos que se ocasionan son conflictos de poder, y, por ende, difícilmente pueden ser abordados desde la lógica jurídica.¹⁶³ La posición del diálogo parte de un punto de vista diametralmente opuesto: la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones usualmente desarrollan relaciones jurídicas estables a pesar de su independencia normativa. Lo cierto es que el concepto de diálogo no está muy elaborado y puede ser malinterpretado cuando se piensa que supone una relación amistosa entre las instituciones de los varios ordenamientos. Este ensayo no pretende eso, y usa el concepto de diálogo para contrastarlo con el de interacción. Hubo interacción entre los Estados Unidos y la Unión Soviética también en los momentos más críticos de la guerra fría,¹⁶⁴ pero no hubo diálogo porque no había una responsabilidad compartida y asumida para un proyecto común. En este sentido, hay diálogo entre las cortes en el espacio jurídico europeo, un diálogo basado en las decisiones constitucionales y políticas de participar en este espacio.¹⁶⁵ Desde la posición del diálogo se sostiene que los conflictos fundamentales son la gran excepción, la regla más bien consiste en un trabajo conjunto y fructífero. Quien elige la regla como punto de partida para el pensamiento científico, como Hegel, y no la excepción, como Carl Schmitt, opta por el pluralismo dialogal.

“What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, núm. 24, 1986, p. 1; para una excelente reseña de los distintos planteamientos, Lars Vellechner, “Cosmopolitan Pluralism as an Approach to Law and Globalisation”, *TLT* 3 (2012), pp. 461 y ss.

¹⁶² Itzcovich, Giulio, “Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts”, *ELJ*, núm. 18, 2012, pp. 358 (370).

¹⁶³ Teubner, Gunther, “Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus”, *Rechtshistorisches Journal*, núm. 15, 1996, pp. 255 (261-2, 273); véase también Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Regimekollisionen, Gunther, *Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, 2006; Krisch, Nico, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010.

¹⁶⁴ Dyèvre, Arthur, *Game Theory and Judicial Behaviour* (11 de marzo de 2011), en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1783507.

¹⁶⁵ Sandulli, Aldo, “The European Court of Justice and the competitive dialogue between courts”, en Cananea, Giacinto della y Sandulli, Aldo (eds.), *Global Standards for Public Authorities*, 2012, pp. 165-176.

3. *Los principios de los principios*

Los principios mencionados pueden servir como marco para entender y desarrollar esta nueva constelación, tanto por lo que tienen en común como por lo que los distingue. Para avanzar en este marco bajo la óptica del pluralismo dialogal se necesitan las capacidades jurídicas esenciales de siempre; es decir, la abstracción, la especificación, la comparación, la analogía, el sentido de juicio y una clara visión de los fenómenos reales.¹⁶⁶ La fusión de los distintos discursos sobre los principios es igual de improbable que la fusión de los diversos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, bajo la premisa del pluralismo dialogal, estrechar vínculos entre estos discursos es tan probable como lo es necesario. Para estrechar estos vínculos podría ser útil identificar la esencia común, de estos principios, a saber: la protección del núcleo esencial de los derechos humanos,¹⁶⁷ la estabilización de las expectativas normativas frente a los órganos que ejercen autoridad pública,¹⁶⁸ así como el vínculo de las instituciones que ejercen autoridad pública con los valores, intereses y convicciones de los afectados por sus actuaciones. Aquí vislumbra la inclusión ciudadana en el ejercicio de la autoridad pública.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Ejemplos cautelosos en Besson, Samantha, “The Human Right to Democracy – A Moral Defence with a Legal Nuance”, paper prepared for the European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), 4 de mayo de 2010, CDL-UD(2010)003, en [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-UD\(2010\)003-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-UD(2010)003-e), así como en Ruiz Fabri, Hélène, “Principes généraux du droit communautaire et droit compare”, *Droits*, núm. 45, 2007, p. 127.

¹⁶⁷ Bernstorff, Jochen von, “Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR: vom Wert kategorialer Argumentationsformen”, *Der Staat*, núm. 50, 2011, p. 165.

¹⁶⁸ Habermas (*op. cit.*, nota 72), p. 516; Luhmann (*op. cit.*, nota 80), pp. 150-153.

¹⁶⁹ Habermas, Jürgen, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, 2011, p. 54; véase también Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, London, 2009, p. 117.