



Michael Stolleis
Andreas Paulus
Ignacio Gutiérrez

*El Derecho constitucional
de la globalización*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

MICHAEL STOLLEIS. Es Catedrático emérito de Derecho público en la Universidad de Frankfurt am Main y director emérito del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte. Doctor honoris causa por las Universidades de Lund, Toulouse, Padua y Helsinki, miembro de numerosas academias alemanas (Mainz, Göttingen, Berlín-Brandenburgo, de la Academia Nacional de las Ciencias Leopoldina con sede en Halle, de la Academia Alemana de Lengua y Literatura con sede en Darmstadt) y extranjeras (Finlandia, Dinamarca), ha sido galardonado con el Premio Leibniz de la Deutsche Forschungsgemeinschaft (1991) y con el Premio de la «Fondazione Eugenio Balzan» (2000).

ANDREAS PAULUS. Es Catedrático de Derecho Público especializado en Derecho internacional general y Co-Director del Instituto de Derecho internacional y europeo de la Universidad Georg-August de Göttingen. Fue elegido Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal alemán en 2010.

IGNACIO GUTIÉRREZ. Es Profesor titular de Derecho constitucional en la UNED, ha sido becario de la Fundación Alexander von Humboldt (bajo la dirección de Dieter Grimm en la Universidad Humboldt de Berlín) y del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (bajo la dirección de Michael Stolleis en Frankfurt am Main).

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Celestino Pardo

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Alfonso Candau Pérez

Carlos Carnicer

Luis Fernández del Pozo

Jesús González Pérez

Vicente Guilarte

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Fernando Pantaleón

Antonio Pau

Juan José Pretel

Encarnación Roca

Carmen Tomás-Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

María Isabel de la Iglesia

*El Derecho constitucional
de la globalización*

Michael Stolleis

Andreas Paulus

Ignacio Gutiérrez

*El Derecho constitucional
de la globalización*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2013 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Michael Stolleis, Andreas Paulus, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez

I.S.B.N.: 978-84-616-4641-8

Depósito Legal: M-16369-2013

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

ÍNDICE

EL DERECHO CONSTITUCIONAL, MEMORIA Y PROYECTO ANTE LA GLOBALIZACIÓN <i>(Ignacio Gutiérrez Gutiérrez)</i>	9
---	---

TRAYECTORIA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL CON LA PERSPECTIVA DE LA GLOBALIZACIÓN <i>(Michael Stolleis)</i>	23
---	----

I.	23
---------	----

II.	28
----------	----

GLOBALIZACIÓN EN EL DERECHO CONSTITU- CIONAL <i>(Andreas Paulus)</i>	63
--	----

I.- "Constitución" y "globalización"	66
---	----

1. De la globalización fáctica a la normativa	66
2. De la Constitución estatal a la Constitución supra- e interestatal	72
II.- Globalización y concepción de la Constitución	75
1. Protección de los derechos del hombre y del ciudadano.....	77
2. Efectos de los acontecimientos medioambientales.....	86
3. Globalización de la economía y límites del Estado constitucional nacional	87
III.-Efectos formales de la globalización: de la jerarquía a la equiordenación	90
IV.- Globalización y democracia	99
V.- Resumen: hacia una globalización de la idea constitucional.....	105

EL DERECHO CONSTITUCIONAL, MEMORIA Y PROYECTO ANTE LA GLOBALIZACIÓN

*Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ**

Manuel García-Pelayo, nuestro indiscutible clásico, insertaba el concepto racional-normativo de Constitución entre "las grandes corrientes espirituales, políticas y sociales del siglo XIX". De acuerdo con él, la Constitución se concibe

"como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La constitución es, pues, un sistema de normas. No representa una suma o resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo

* Profesor titular de Derecho constitucional en el Departamento de Derecho Político de la UNED (Universidad Nacional de Educación a Distancia). Esta edición se inserta en el proyecto I+D "Constitución y globalización: transformaciones del Estado constitucional y constitucionalización de espacios supranacionales", DER 2009-10375, 2010-2012.

los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares posibles. En esencia, se trata de una aplicación concreta y sublimizada del concepto de ley con el que opera el liberalismo, de la creencia en la posibilidad de una planificación de la vida política, de una racionalización del acaecer político. Esto representa, a su vez, la aplicación al campo jurídico-político de las formas intelectuales de la Ilustración, a saber: la creencia en la identidad sustancial de los diversos casos concretos y diversas situaciones, y, por consiguiente, en su posibilidad de reducción a un mismo módulo y en la capacidad de la razón humana para descubrir dicho módulo"¹.

Tal concepto cobra sentido en relación con otros que, por su parte, encarnan las otras *grandes corrientes del siglo*: el concepto histórico-tradicional de Constitución y el sociológico. Pero el propio García-Pelayo constata de inmediato que, en el desarrollo ulterior, "de los tres conceptos típicos de constitución expuestos en el capítulo anterior, sólo el racional normativo ha tenido importancia de-

¹ Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid: Alianza, 1984, p. 34.

cisiva para la formación de la ciencia del Derecho constitucional"². Esto, por supuesto, fue resultado de la imposición efectiva de las fuerzas sociales y políticas que lo sustentaban y de su hegemonía cultural; en términos que, de un lado, permitieron integrar en el concepto racional-normativo los nuevos elementos históricos (la idea de nación, la soberanía compartida) y sociológicos (el sufragio censitario, la propiedad como derecho absoluto) ahora indiscutiblemente dominantes³; y que de otro llevaron, con paradoja solo aparente, a formalizar tal concepto, pues "toda evidencia en el contenido conduce, en principio, a un resaltamiento de la forma"⁴.

Ahora bien: tal armonía era sólo aparente, y por eso también fue efímero el consenso en torno a la idea de Constitución así perfilada. Para analizar la época, la perspectiva de la crisis y el conflicto⁵ resulta más fructífera y,

² Ibid., p. 55.

³ Ibid. pp. 64 ss.

⁴ Ibid. pp. 55 s. Sobre el método como cuestión de poder, específicamente desarrollado para el positivismo decimonónico, Dieter Grimm, "Methode als Machtfaktor", en su libro *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, pp. 347 ss.

⁵ Es la que utiliza Carlos de Cabo, *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, Vol. II, Barcelona: PPU, 1993, pp. 283 ss., para su estudio sobre la historia del Estado constitucional. Pero cfr. ya Manuel

en cualquier caso, más ajustada a la realidad que las de la integración y el progreso lineal. De la explosión que supuso la segunda guerra mundial surge finalmente en el occidente europeo el nuevo *Estado constitucional* que nos resulta más familiar, el Estado social y democrático de Derecho, cuyo elemento determinante es el postulado del *Estado social*⁶: fruto de un pacto que regeneró, sobre bases nuevas y en beneficio de la fuerza normativa de la Constitución, la aludida "congruencia entre los momentos histórico, sociológico y racional del concepto de Constitución" ⁷.

Sin embargo, también el Estado social tiene un sentido ambiguo⁸; y, de modo evidente en los últimos años, como por lo demás ya había ocurrido en el pasado,

García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, cit., pp. 67 ss.

⁶ Cfr. Carlos de Cabo Martín, *La crisis del Estado social*, Barcelona: PPU, 1986, p. 17; del mismo autor *Teoría histórica*, cit., pp. 332, 341 ss.; y también *Contra el Consenso*, México: UNAM, 1997, pp. 221 ss.

⁷ Antonio López Pina e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Elementos de Derecho público*, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 15.

⁸ Carlos de Cabo, *Teoría histórica*, cit., pp. 270 ss. (la Constitución "se configura como la garantía de la coexistencia de lo contradictorio" -p. 273) y 283 ss.; y sobre todo *La crisis del Estado social*, cit., pp. 17, 30 ss., *passim*. Asimismo Antonio López Pina e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Elementos*, cit., pp. 57 s.

"aquel orden, aquel equilibrio de factores heterogéneos, si no opuestos, ha ido quebrando (...). No cabe descender ahora al análisis histórico de ese proceso. Pero algunos de sus efectos sobre el Derecho público pueden ya identificarse:

a) la fuga del principio democrático, mediante el descoyuntamiento de los equilibrios políticos y la enervación de los procesos representativos, hacia la toma autoritaria de decisiones en sede (inter)gubernamental o jurisdiccional, cuando no desde el ámbito privado.

b) la fuga del Estado de Derecho, caracterizado por la firmeza del Derecho público, hacia la flexibilización jurídico-privada de procesos y relaciones, con la consiguiente alteración de las relaciones entre Derecho público y privado.

c) la fuga del postulado del Estado social hacia la atribución a la persona individual de la responsabilidad sobre su bienestar, con olvido de la dificultad estructural de la Sociedad para brindar justicia a quienes ni siquiera están en condiciones de ofrecer como contraprestación el orden público, toda vez que éste sí puede ser autónoma y represivamente impuesto por los poseyentes.

d) la fuga del Estado hacia nuevos ámbitos territoriales de relaciones políticas, en los que Tratados de cuestionable legitimidad constitucional permiten fijar las nuevas relaciones de poder.

e) en definitiva, el desvanecimiento de la fuerza normativa de una Constitución asentada sobre tan huidizas bases, así como la creciente insuficiencia de la Ley (estatal, parlamentaria, imperativa) para ordenar la realidad"⁹.

Frente a ello pretende reaccionar, en un primer momento, el llamado *constitucionalismo fuerte* o *garantista*, que revaloriza el Derecho, y específicamente el Derecho constitucional del Estado social, frente al curso errático de las relaciones de poder¹⁰. Mas lo cierto es que las garantías constitucionales difícilmente pueden servir como sucedáneo de sus supuestos políticos: la Constitución del Estado social no puede ser interpretada al margen de los procesos políticos y sociales en los que arraiga su fuerza normativa¹¹. Y ello obliga a constatar que, desde el punto de vista del modelo de Estado, quizá deba hablarse

⁹ Antonio López Pina e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Elementos*, cit., pp. 15 s.

¹⁰ Cfr. sobre todo Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid: Trotta, 2001, así como Carlos de Cabo, "La Constitución del más débil", en María Luisa Balaguer Callejón (coord.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Málaga: Diputación, 2004, pp. 27 ss.

¹¹ Cfr. ya Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, "Introducción", en Konrad Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid: Civitas, 1995, p. 14 (desarrollado en Antonio López Pina e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Elementos*, cit., pp. 109 ss.).

hoy no ya de la crisis, sino del fin del Estado social¹².

Sin embargo, quizá la perspectiva idónea para analizar la nueva fase sea la proporcionada por la tendencial superación del propio Estado como marco de referencia en el marco de la globalización¹³. De un lado, la creciente internacionalización de las relaciones económicas desliga al capital de las ataduras del poder político, y los Estados se quedan sin instrumentos eficaces para detraer de la economía privada recursos que les permitan garantizar la procura de los derechos sociales. De otro, la participación del Estado en los procesos globalizadores, a través de la llamada *estatalidad abierta*, no oculta que éstos quedan lejos de controlar autónomamente las decisiones: las competencias están difuminadas en una red global de actores públicos y privados de todo género. En contraste con la clásica relación entre Estado social y demo-

¹² Ya en el año 1994 Miguel Ángel García Herrera, "El fin del Estado social", *Sistema* 118/119, pp. 133 ss.

¹³ Cuanto se dice a continuación se anticipaba en Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, "Globalización, Estado y Derecho constitucional", *A Distancia*, vol. 19- n.º 2, pp. 17 ss., muy desarrollado en "De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional", en Anne Peters, Mariano J. Aznar e Ignacio Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 15 ss.

crático de Derecho y economía, no hay en la actualidad un poder político capaz de contrapesar el (des)orden económico internacional. Y eso nos invita a recordar que ya Hermann Heller, en su libro sobre *La soberanía* (categoría cuyo carácter histórico subraya con reiteración), sugería incidentalmente como "poco probable, si bien no imposible, que el futuro europeo conduzca a un desplazamiento de la soberanía del Estado mediante una especie de capitalismo feudal, en el que se diluya nuevamente el poder político en un haz de derechos privados patrimoniales"¹⁴.

El Estado, una forma política de textura indudablemente histórica¹⁵, ciertamente no se desvanece, pero sí, al menos, se "contextualiza"; y del mismo modo se relativiza, aunque no desaparezca, el papel que desempeñan de las Constituciones estatales pretendidamente omnicomprendivas. La Historia, en efecto, muestra que la Constitución normativa de los Estados democráticos, con su pretensión de legitimar, ordenar y limitar un poder soberano unitario e imper-

¹⁴ Hermann Heller, *La soberanía*, México: FCE, 1995, p. 122 (el texto en alemán se encuentra en la p. 65 del tomo II de sus *Gesammelte Schriften*, Leiden: A. W. Sijthoff, 1971).

¹⁵ Michael Stolleis, *La textura histórica de las formas políticas*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

meable a través de un código normativo tendencialmente autosuficiente, es un fenómeno relativamente reciente; y, por lo que parece, pasajero. En primer lugar, la Constitución nacional pierde su capacidad efectiva para imponer límites materiales al ejercicio de un poder que ya no es sólo estatal. Por otra parte, los acontecimientos de cada día muestran que los vínculos internacionales del poder no son sólo *irritaciones* procedentes de esferas diferentes a la del Derecho, sino que cobran la forma jurídica.

A su vez, las organizaciones supra e internacionales que ejercen poder político institucionalizado, en forma más o menos similar a los Estados, también se encuentran sometidas a vinculaciones jurídicas; que podrían cumplir, al menos de forma fragmentaria, funciones similares a las de un ordenamiento constitucional. Ello es percibido por alguna doctrina internacionalista, que postula un análisis del Derecho internacional que tenga en cuenta la tradición teórica y los métodos específicos del Derecho constitucional. No cabe hablar ciertamente de una Constitución supranacional en sentido racional-normativo: la Comunidad internacional no dispone de un texto equiparable al de las Constituciones estatales. Mas quizá sí puedan identificarse *procesos de constitucionalización*, una acumulación de

desarrollos, asimétricos y asincrónicos, que se apoyan en una concreta concepción del constitucionalismo¹⁶; por más que, desde luego, los principios que rigen esas relaciones internacionales estén lejos de responder satisfactoriamente y en su conjunto a los postulados que determinan el Estado social y democrático de Derecho. El Derecho constitucional para la Comunidad internacional, que se postula como complemento del estatal, ahora sólo parcial e incluso fragmentario, ofrece así, por su parte, una imagen fragmentaria y parcial. La mirada constitucional, formada en un contexto diferente, se proyecta aquí, con efectos deliberadamente distorsionadores o críticos, sobre una realidad insatisfactoria.

Tales factores constitucionales, que siguen precisando por tanto del complemento que ofrecen los elementos constitucionales preservados en los Estados, no se proyectan sólo sobre los nuevos poderes, sino que a través de ellos repercuten de nuevo sobre el propio Estado. El resultado final es que el mundo, en

¹⁶ Cfr. especialmente Anne Peters, "Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales", en Anne Peters, Mariano J. Aznar e Ignacio Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, cit., pp. 207 ss., y Jan Klabbbers, Anne Peters y Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

la medida en que se articula jurídicamente, lo hace mediante elementos constitucionales diversos de distinto alcance territorial enlazados mediante muy diferenciadas conexiones en una red de progresiva complejidad. Las Constituciones estatales sólo son concebibles como nódulos de esa red, tensa y siempre inestable, de relaciones estatales, supranacionales e internacionales¹⁷.

En ese contexto, reducido ya el clásico Derecho constitucional del Estado nacional plenamente soberano a experiencia histórica, quizá lo sensato sea convertir su *memoria* en *proyecto*¹⁸ (algo más concreto e inmediato,

¹⁷ Rafael Bustos Gisbert, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati: IVAP, 2005. Estudios particulares desde tal perspectiva se ofrecen en Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, "Traducir derechos: la dignidad humana en el Derecho constitucional de la Comunidad internacional", en Carlos Espósito Massicci y Francisco J. Garcimartín Alférez, *La protección de bienes jurídicos globales, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 16* (2012), Madrid: UAM-BOE, 2012, pp. 91 ss., y del mismo autor "Alcance de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo supranacional", en Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Granada: Comares, 2012, pp. 3 ss.

¹⁸ Cfr. un posible sentido para el mismo en Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, "Qué Derecho constitucional: objetivos, competencias y perplejidades", en Lorenzo Cotino Hueso y Miguel Ángel Presno Linera (eds.), *La enseñan-*

pero también más complejo, que la *esperanza* más o menos activa puesta al servicio de un eventual nuevo *sujeto social histórico* iluminado por la *utopía emancipatoria*). Los modelos oscilan entre los extremos definidos por una idea de *Constitución abierta*, que otorga primacía incondicionada a los procedimientos y las interconexiones sobre los contenidos, y un *constitucionalismo cosmopolita*, que insiste en extender al conjunto de la Humanidad principios materiales que se han acreditado como básicos para el funcionamiento del Estado constitucional.

En cualquier caso, un mundo cambiado impone al constitucionalista, mire en una u otra dirección, el esfuerzo de acomodar sus tradicionales perspectivas a las nuevas distancias. Y para ello hará bien en contar con quienes, por su formación histórica, mejor pueden comprender el alcance de las actuales transformaciones, y en recurrir a los que, como internacionalistas, está habituados a contemplar los horizontes hoy decisivos. Es preciso, en definitiva, hacer en primer lugar Historia, viendo el Derecho constitucional ya no como un logro que ha de ser procesado en

za del Derecho constitucional ante el proceso de Bolonia. Innovación educativa en Derecho constitucional 2.0, Valencia: Publicaciones de la Universidad, 2011, págs. 79 ss.

términos dogmáticos, sino como un proceso de acumulación, transformación y diferenciación en el que deben identificarse los elementos susceptibles de ser transportados hacia el futuro; y se impone también hacer simplemente Derecho, pero un Derecho que sabemos cada vez más determinado por normas internacionales y menos sujeto a los postulados de unidad, jerarquía y coherencia propios del Estado constitucional clásico. Por todo ello resulta afortunado poder acercarse aquí a la relación entre Derecho constitucional y globalización a través de las aportaciones de un Historiador del Derecho público tan ilustre como Michael Stolleis y de un internacionalista tan relevante como Andreas Paulus.

TRAYECTORIA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL CON LA PERSPECTIVA DE LA GLOBALIZACIÓN

*Michael STOLLEIS**

I

El Estado constitucional europeo surge como respuesta histórica al absolutismo. Los revolucionarios proclamaron enérgicamente, en términos negativos: "Il n'y a plus ni noblesse, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dériveraient, ni aucun orde de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse...". El *régime féodal* tenía que desaparecer. Recordemos la fulminante sesión nocturna del 1 de agosto de 1789 en Francia.

* Catedrático emérito de Derecho público en la Universidad de Frankfurt am Main, director emérito del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Doctor *honoris causa* por las Universidades de Lund, Toulouse, Padua y Helsinki. [Traducción revisada por Ignacio Gutiérrez].

Después vinieron las garantías positivas, la igualdad y la libertad, el largo catálogo de derechos naturales y civiles que ahora debían ser gestionados y preservados por el pueblo, por el tercer estado, en suma por la nación.

También la formación de los Estados norteamericanos y la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, junto con las enmiendas de 1791, respondían indirectamente al absolutismo cuando decían positivamente lo que lo que querían tener: libertad de religión, de pensamiento y de prensa, protección de la propiedad intelectual, libertad de reunión, protección de la persona, publicidad de los procedimientos judiciales, etc. Esto significaba, a la inversa: no a la represión de las prácticas religiosas, no a la censura, no a la represión de la voluntad popular, no a la arbitrariedad en la administración y ante los tribunales.

Todas esas constituciones, promulgadas en una de las épocas más intensas de la historia universal, aproximadamente entre los años 1780 y 1850 e inmediatamente después, eran documentos a un tiempo políticos y jurídicos. Contenían decisiones políticas que se proclamaban públicamente y se juraban solemnemente con un *pathos* fundacional. Su texto refulgía con una aureola como partida de nacimiento de una nueva época. Todas las

constituciones, la estadounidense (1787) y la francesa (1791) junto con las numerosas constituciones de todos los países europeos que se fueron sucediendo año tras año a lo largo del s. XIX, se promulgaron tras grandes convulsiones políticas. Procuraban ordenar y asegurar la correspondiente situación novedosa. Para ello se utilizaban dos vías. Por un lado, el más estrecho vínculo posible de las declaraciones de derechos del hombre y el ciudadano con las constituciones, de modo que pronto resultó válido el principio "Constitution without human rights is not constitutional"¹. Por otra parte, las disposiciones institucionales que aspiraban a sustituir la monolítica estructura del absolutismo por los equilibrios y controles recíprocos. Mencionaré aquí sólo los elementos más conocidos: división de poderes, separación de Parlamento, Ejecutivo y Judicatura, sistema bicameral y Consejo de Estado, distancia entre el monarca y el Gobierno, derecho presupuestario y muchos otros más.

Naturalmente, todas estas innovaciones, que en torno a 1800 confluirían en la gran corriente del constitucionalismo, no eran real-

¹ Art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assuré, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

mente nuevas. Tenían una larga prehistoria que se remontaba hasta la Edad Media. Cabe ir desde los acuerdos coloniales de Norteamérica al *Bill of Rights* (1689) y la *Habeas Corpus Act* (1679) para, pasando por la larga serie de *Leges Fundamentales* del siglo XVI, llegar hasta la *Magna Charta Libertatum* inglesa de 1215. Por diferentes que sean estos documentos y por más que cada uno de ellos resulte "hijo de su tiempo", no dejan de tener un punto en común. Apuntan hacia la limitación del poder, aspiran a excluir la arbitrariedad y a proporcionar seguridad. La historia de las ideas del pensamiento político llega aún más allá, hasta Platón y Aristóteles, Herodoto y Tucídides, Cicerón y Polibio, Agustín y Tomás de Aquino. Puede ser suficiente con recordar esos célebres nombres. De su amplio repertorio de reflexiones sobre la mejor constitución se sirvieron Marsilio de Padua, Niccolò Maquiavelo, Jean Bodin, Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, John Locke y Charles de Montesquieu.

Sin embargo, pese a todos los vínculos históricos con las corrientes intelectuales de Europa desde la Antigüedad, esas constituciones de los siglos XVIII y XIX eran algo nuevo. Limitaban el poder del monarca no sólo del modo tradicional, tratando de evitar el dominio tiránico, sino que ahora, de forma nueva y revolucionaria, legitimaban el orden

político apelando a la voluntad del pueblo. Ni poder divino ni poder del príncipe, sino poder del pueblo sobre sí mismo a través de representantes elegidos. Pero este republicanismo rousseauniano fue políticamente inalcanzable durante todo el siglo XIX. Dado que los monarcas seguían disponiendo en toda Europa del poder ejecutivo, del poder judicial y también del ejército, correspondió un papel central a los "derechos fundamentales" garantizados en las constituciones. Protegían los derechos del pueblo, y esa tarea estaba confiada a los parlamentos. Por ello nadie pensó en que fuese necesario protegerse mediante derechos fundamentales frente al propio legislador.

Solo cuando el dualismo específico de las monarquías del siglo XIX se disolvió para dar paso a formas republicanas de gobierno surgió la cuestión de si los derechos fundamentales serían ahora prescindibles o si, por el contrario, también en adelante podrían ser necesarios como elemento de protección de los individuos y de las minorías para defenderse de la "dictadura de la mayoría" en el parlamento. Desde entonces contienen también las constituciones democráticas de todo el mundo "derechos fundamentales" y son protegidas –a veces débilmente, otras con más fuerza– por tribunales constitucionales específicos. Cada vez son más los países que

cuentan con uno de esos tribunales, que ahora —si son independientes— se han convertido en los auténticos "guardianes de la Constitución". Por supuesto que es difícil defender desde la teoría de la democracia que las leyes aprobadas por parlamentos elegidos democráticamente puedan ser sometidas a control y corrección externos, o incluso declaradas nulas, pero el modelo se ha acreditado por sus resultados prácticos. Ejerce una cierta función pedagógica sobre la política, en el sentido de que los partidos y sus políticos tienen que contar con la posibilidad de que también sus proyectos y sus compromisos pueden resultar frustrados. De ese modo crece el respeto por el documento solemnemente juramentado de la nación; pues ya no es un mero documento de museo, sino "Constitución viva" con efectos concretos sobre todo el ordenamiento jurídico.

II

El modelo así esbozado del Estado constitucional democrático, tal y como ha evolucionado a partir de las luchas del siglo XIX, de las dos guerras mundiales del siglo XX y de las dictaduras que abrumaron Europa, en absoluto significa un "fin de la Historia". No solo los países europeos que se han liberado de los aparatos de opresión fascistas y comunistas, muchos de ellos sólo en esta última

generación, se hallan actualmente en un nuevo contexto de política mundial. También los antiguos Estados de Asia, los Estados postcoloniales de África que viven en condiciones especialmente difíciles, las democracias y las dictaduras de Sudamérica: todos ellos buscan nueva orientación en un mundo que cambia vertiginosamente.

1. Comencemos por Europa. El Tratado de Maastricht, aprobado en 1991 y en vigor desde 1993, abre una nueva fase de mayor densidad institucional. Al mismo tiempo se produjo una ampliación geográfica (Austria, Suecia, Finlandia), las fronteras interiores desaparecieron en 1995, en 1999 llegó el euro como nueva moneda europea y desde 2002 sirvió en doce países como nuevo instrumento de pago. Con esta innovación de tanta carga simbólica y tanta trascendencia psicológica se correspondían los intentos de crear una auténtica Constitución europea con su Carta de derechos fundamentales, no obstante el hecho de que no había, ni hay, un "pueblo europeo" y partidos políticos realmente europeos, tampoco una opinión pública medianamente homogénea ni un idioma común². Pese a todas las objeciones, el proceso

² Se muestra escéptico Dieter Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, Munich, 1995. Ya antes, en *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1991, pp.

de constitucionalización de Europa sigue avanzando, aunque sea momentáneamente en contra de la voluntad mayoritaria de la población de Francia, de los Países Bajos y de Irlanda.

Este proceso de unificación europea que se viene desarrollando durante décadas ha ido rebajando progresivamente las fronteras tradicionales del Estado nacional, hasta terminar suprimiéndolas casi por completo con "Schengen". No solo han desaparecido las barreras y los puestos aduaneros, también las mercancías fluyen sin impedimentos, como el intercambio de servicios y de información. La libre circulación intraeuropea hace que hoy parezca secundaria la cuestión del lugar de domicilio o el puesto de trabajo. Los electores votan también para el Parlamento Europeo, aunque con menor interés que en las elecciones nacionales, pero las competencias crecientes del Parlamento de modo evidente transforman con el tiempo también su cometido. Asimismo, los medios de comunicación transmiten a los ciudadanos la importancia que tienen para ellos las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. En otras palabras: los ciudadanos, al menos los de los Estados que

397 y ss., Grimm expresaba sus dudas sobre la capacidad de las constituciones para regular la política.

son miembros de la Unión Europea desde hace más tiempo, son conscientes en mayor o menor medida de que inevitablemente forman parte de Europa y de que, al menos en interés propio, tienen que contribuir a configurarla.

En medio de ese proceso colapsó hace veinte años el "Bloque del Este". La guerra fría había terminado, oficialmente en la reunión de la Conferencia de Seguridad y Cooperación Europea (CSCE) celebrada en París en noviembre de 1990. Desde el Báltico hasta los Balcanes, los países formaron nuevos Gobiernos, procuraron integrarse en el mercado europeo y asumieron en algunos casos la moneda europea. Aprovecharon la debilidad postsoviética para pasar del Pacto de Varsovia a la OTAN, y no en último lugar construyeron nuevos ordenamientos jurídicos y constitucionales, frecuentemente con colaboración directa de Occidente. Por sí solas, estas transformaciones que comprendían la zona que va desde el Báltico hasta el sureste de Europa hubieran comportado retos políticos significativos. Pero la descomposición de Yugoslavia condujo desde 1991 a guerras y asesinatos masivos, enseguida a una intervención de la OTAN, especialmente en 1999 en Kosovo.

Estos procesos políticos europeos y mundiales son conocidos, también especialmente la cesura que supuso el atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York. La expresión "11-S" simboliza desde entonces las múltiples tensiones y confrontaciones bélicas entre el mundo occidental y el islámico en Oriente Próximo y Oriente Medio (Afganistán, Irán, Irak, Siria). Desde 2010 se han añadido los levantamientos populares de Túnez, Libia, Egipto y Siria, pero también de Marruecos, Argelia y Jordania.

Así pues, ya no subsiste la escisión del mundo en dos grandes bloques, que desde el final de la II Guerra Mundial proporcionaba coordenadas aparentemente firmes. China se ha levantado, los Estados Unidos de América miran más hacia el Pacífico, del Imperio Ruso ha sobrevivido Rusia rodeada por un ramillete de países más pequeños que se han encaminado hacia la independencia en ocasiones con las mayores dificultades y que generalmente están todavía lejos de contar con estructuras democráticas. Bielorrusia es solo un ejemplo, pero bien acusado.

Todo ello proporciona el marco para la constitucionalización en el contexto de la globalización. Para Europa, esos hechos resultan inmediatamente relevantes. Cuanto sucede en el norte de África o en Oriente

Próximo ocurre, por así decirlo, en nuestros propios aposentos. Las decisiones políticas y militares de Teherán, Damasco, El Cairo o Jerusalén son también asunto nuestro.

2. Pero comencemos por las dificultades internas de la casa común europea. Desde la perspectiva de los ciudadanos, las instituciones de Bruselas, Estrasburgo y Luxemburgo resultan lejanas y ajenas. En la vida cotidiana se refleja, por supuesto, cuanto allí se decide, sobre los precios, la producción, la competencia, el mercado laboral, las licitaciones, etc. Sin embargo, parece que apenas se puede influir sobre ello con los instrumentos de la democracia (referendos y elecciones) y de la autoorganización de los ciudadanos (iniciativas ciudadanas, protestas, huelgas). Hoy se perciben como especialmente agresivos y peligrosos los mercados financieros y la crisis del euro. Unos lo viven como pérdida de soberanía nacional, incluso como expropiación e incapacitación, otros se indignan de que se financien ("con nuestros impuestos") déficits de Estados que hubieran podido evitarse con una política consecuente. En el pasado, los Estados podían equilibrar sus déficits devaluando su moneda. En cuanto parte de la comunidad del euro ya no pueden hacerlo. Aquí podemos dejar al margen los detalles; mas todos tienen claro que, de momento, los nacionalistas y los populistas

antieuropeos ganan terreno en un frente muy amplio. El proceso de integración europea, que siempre ha funcionado a saltos (*stop and go*), parece ahora haber vuelto a detenerse. Las iniciativas para la creación de un sistema central de control presupuestario no son capaces de suscitar consenso. No nos hagamos ilusiones: la situación es extremadamente difícil. Por primera vez desde 1957 se habla en serio del final del "proyecto Europa", un final que, sin embargo, toda política realista debería considerar completamente vetado.

De este modo se paraliza el proceso de constitucionalización ya en el ámbito europeo. Para reactivarlo y hacer habitable para los europeos la casa común sería necesario simplificar drásticamente los muchos "niveles". Cada Estado es ya complejo, especialmente los sistemas federales con sus muchos escalones. Sobre ellos se sitúan los órganos de la Unión Europea con sus procesos de formación de voluntad, igualmente complejos³. De

³ Artículos 13 a 19 del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, BOE de 29 de diciembre de 1992, Instrumento de Ratificación publicado en BOE de 13 de enero de 1994; Ley Orgánica 1/2008 por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, BOE de 31 de julio de 2008, Instrumento de Ratificación publicado en BOE de 27 de noviembre de 2009.

aquí surge la actual normatividad europea de varios niveles. No puede saberse si se tenderá en general hacia una más amplia constitucionalización de Europa en el sentido de unos "Estados Unidos de Europa" o si, por el contrario, habrá fases de paralización más prolongadas, o si incluso se procederá a devolver competencias a los Estados nacionales. La historia de la unificación europea muestra, en cualquier caso, que no se puede hablar de un desarrollo "natural" orientado hacia un Estado federal. Es cierto que en tal dirección parecen presionar las exigencias de la política mundial, siempre que Europa aspire a mantener su posición como región política y económica con un elevado capital cultural. Entre los excesos de regulación y la deslegitimación a ojos de los ciudadanos deberá encontrarse algún camino. Aproximar la compleja realidad al idealismo normativo de una Constitución europea bien podría ser una tarea de generaciones incluso para la alianza europeo-occidental⁴.

⁴ Sonja Puntsher Riekman y Wolfgang Wesels (eds.), *The Making of a European Constitution*, Wiesbaden, 2006. Es significativo también el éxito del libro de Peter Häberle *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden, 7ª. edición actualizada y ampliada, 2011, animado por la esperanza de una constitucionalización de Europa.

Si miramos además no solo hacia Bruselas, Luxemburgo y Estrasburgo, sino a los nuevos miembros del Este, la discrepancia entre la normatividad y la situación fáctica resulta aún más clara. Rumanía y Bulgaria son países con una economía débil, mucho desempleo y corrupción; tampoco han alcanzado aún los estándares occidentales del Estado social y de Derecho. Las universidades trabajan en las condiciones más difíciles. Apenas son reconocibles culturas jurídicas nacionales más o menos definidas. El Derecho europeo aún no penetra realmente, o solo de modo debilitado. La imposición efectiva del Derecho deja bastante que desear. También estas circunstancias afectan, de regreso, al Derecho europeo, y han de ser consideradas por los países occidentales de Europa mediante regulaciones excepcionales o periodos transitorios; pues el desplazamiento de puestos de trabajo hacia los nuevos Estados miembros está en pleno avance. Con otras palabras: la ampliación de la Unión Europea hacia el este y el sudeste era seguramente necesaria y correcta desde un punto de vista de la política mundial, pero harán falta décadas para procesar los problemas económicos y jurídicos que comporta.

3. En paralelo a los problemas internos y externos de la constitucionalización de la casa común europea transcurre el proceso de la

globalización. Sigue sin estar claro qué deba entenderse por "globalización", y también cabe dudar de que todo sea aquí tan nuevo como parece. Porque la "primera globalización" fue el descubrimiento hispano-portugués del Nuevo Mundo y la circunnavegación de la Tierra en los siglos XV y XVI. Similar importancia tuvo la revolución de Copérnico. Desde entonces, la Tierra fue un planeta redondo que gira alrededor del Sol.

La "segunda globalización" comenzó con la revolución industrial de los siglos XVIII y XIX. Por primera vez se habla (un Goethe ya anciano) de literatura universal⁵, de comercio mundial, se organizan exposiciones universales (1851)⁶. En 1845 aparece en alemán la expresión "Weltkrieg", "guerra mundial"⁷.

⁵ Conversaciones con Eckermann del 31 de enero de 1827: "Literatura nacional no significa ahora gran cosa, ha llegado el momento de la literatura universal, y todos debemos contribuir ahora a acelerar esta época".

⁶ Utz Haltern, *Die Londoner Weltausstellung von 1851*, Münster, 1971; Werner Plum, *Weltausstellungen im 19. Jahrhundert: Schauspiel des sozio-kulturellen Wandels*, Bonn-Bad-Godesberg, 1975; Evelyn Kroker, *Die Weltausstellungen im 19. Jahrhundert*, Göttingen, 1975; Beat Wyss, *Bilder von der Globalisierung. Die Pariser Weltausstellung 1889*, Berlín, 2010.

⁷ Heinrich Bernhard Oppenheim, *System des Völkerrechts*, Frankfurt am Main, 1845, 2.^a parte, cap. VIII, § 6, 199. Acerca de las expresiones anteriores véase Jacob y Wilhelm Grimm, *Deutsches Wörterbuch*, vol. 14, I.1 (reimpresión vol. 28), columnas 1616-1618.

La carrera competitiva por los inventos y la producción industrial se convirtió en una competencia entre naciones. De continuo se comparaban las cifras de producción. Todo se movía con la corriente del progreso. "El país industrialmente más desarrollado", escribió Karl Marx en 1867, "muestra al menos desarrollado simplemente la imagen de su propio futuro"⁸. Todos los criterios regionales o nacionales quedaron ahora superados por el criterio universal. También la nueva disciplina del Derecho comparado, que proporcionaba materiales a la legislación y a la ciencia jurídica, se planteó tendencialmente como "disciplina universal"⁹. Con el final de la I Guerra Mundial surgió la "Sociedad de Naciones", concebida globalmente. El Derecho internacional y el Derecho comparado, convertidos ahora en disciplinas centrales, reflejaron en la historia de la ciencia el proceso de

⁸ Karl Marx, *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*, Londres, 1867, prólogo (citado por *Marx-Engels-Werke*, vol. 23, Berlín, 1962, p. 12).

⁹ Heinz Mohnhaupt, "Rechtsvergleichung in Mittermaiers 'Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes' (1829-1856)", en Michael Stolleis (ed.), *Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18. – 20. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, 1999; Paolo Grossi, *Das Recht in der europäischen Geschichte*, Munich, 2010, p. 188, con referencias a Raymond Saleilles, Edouard Lambert, François Gény, Joseph Kohler y Ernst Rabel.

globalización¹⁰. La dinámica de la globalización se extendió durante todo el siglo XX a todos los Estados del mundo industrializados y en vías de industrialización. Sólo había límites fácticos donde las infraestructuras técnicas eran insuficientes o las dictaduras se empeñaban en el aislamiento y la falta de comunicación.

Con las innovaciones técnicas revolucionarias de los viajes espaciales y la comunicación electrónica han surgido hoy condiciones completamente nuevas también para el Derecho. En todas partes hay "eliminación de fronteras", incluso una tendencia a suprimir la localización¹¹. Todo se puede observar, fotografiar y almacenar. Noticias, cotizaciones bursátiles, recursos financieros, servicios

¹⁰ El Instituto de Derecho internacional fundado en 1914 por Theodor Niemeyer en Kiel, así como el Instituto Kaiser Wilhelm de Derecho público extranjero y Derecho internacional de Berlín (1925) y el Instituto Kaiser Wilhelm de Derecho privado extranjero e internacional (1926). Véase Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Vol III*, Munich, 2002, pp. 86-89.

¹¹ Helmut Willke, *Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer gesellschaftlichen Steuerungstheorie*, Königstein, 1983; del mismo autor *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 2001. Acerca del nuevo descubrimiento del mundo por los ecólogos sistémicos véase Hans Joachim Schellnhuber, "Earth System' Analysis and the Second Copernican Revolution", en *Nature* 402 (1999), C19-C23.

de todo tipo se intercambian por todo el planeta. Los espacios que deben ser traspasados parecen cada vez menores o resultan ya completamente irrelevantes. Las consecuencias para los ordenamientos normativos de las sociedades parciales que se han ido formando históricamente apenas son aún predecibles. En cualquier caso, los cambios en el entramado institucional que denominamos Estado y Administración serán profundos. La base territorial del Estado, el país, pierde importancia si los vínculos espaciales se aflojan o desaparecen por completo. Incluso en las guerras resultan los contendientes ilocalizables y actúan de un lado mediante ataques encubiertos, de otro utilizando armas y sistemas de observación que funcionan sin dotación humana. Ejemplos menos bélicos son las regulaciones no estatales del comercio mundial, de la comunicación electrónica, de las bolsas y del tráfico monetario, de los espectáculos deportivos de masas (fútbol, tenis, esquí, carreras de coches) que incluyen los Juegos Olímpicos, de los grupos empresariales de la tecnología de la comunicación. A ello se añaden las normas procesales de los numerosos tribunales arbitrales no estatales¹². Estas

¹² Gunther Teubner, "Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus", en *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), pp. 255 y ss.; Paul Schiff Berman, "Globalization of Jurisdiction", en

normas constan de "Derecho" –en la medida en que el concepto de Derecho no se vincule al elemento "Estado", que aquí ya no resulta pertinente¹³. Funcionan como Derecho y predisponen los correspondientes procedimientos y sanciones para quien proceda¹⁴. Surgen en cierto modo por sí mismas, a partir de la autonomía privada e impulsadas por las exigencias objetivas del intercambio global. Legisladores son quienes poseen fuerza institucional y económica suficiente para repartirse el terreno correspondiente y tienen un interés vital en establecer reglas que les vinculen, a sí mismos y a todos los que lleguen detrás, porque esto contribuye a reducir los costes generales¹⁵.

University of Pennsylvania Law Review 151 (2002), pp. 311 y ss.

¹³ Véase de nuevo Gunther Teubner, *Global Law without a State*, Dartmouth Gower, 1997; Anne Peters, "Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft: Wider den epistemischen Nationalismus", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (en adelante *ZaöRVR*) 67 (2007), pp. 721-776; Jürgen Schwarze, (ed.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, vol. I, Tübingen, 2008.

¹⁴ Anne Peters, Lucy Koechlin, Till Förster y Gretta Fenner Zinkernagel (eds.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, 2009.

¹⁵ Matthias Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, Munich, 2005, 5.^a edición.

4. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la primera cuestión decisiva es entonces si del Derecho internacional clásico puede surgir algo así como un nuevo orden mundial "constitucional". Esa pregunta ocupa especialmente a los internacionalistas alemanes, que por tradición piensan más bien a partir del Derecho constitucional nacional y que por ello pueden imaginar más fácilmente una Constitución mundial en lento proceso de formación¹⁶. Para ello pueden orientarse también hacia Kelsen, esto es, apostar por la universalidad de las normas jurídicas y por un consenso sobre los valores universales. Por tanto, ¡las distintas culturas jurídicas deberían unirse! La parte europeo-norteamericana debiera "abrirse" a las diferencias reales y aceptar compromisos, mientras que la parte no europea, especialmente la islámica, habría de acercarse por su parte a los valores universales y superar sus arcaísmos. Las dificultades ideológicas y prácticas que ello implica son palmarias¹⁷. Desde la filosofía son sobre todo

¹⁶ Así, desde el punto de vista suizo, Helen Keller, "Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland", en *ZaöRVR* 67 (2007), pp. 623-638 (636). Asimismo Jochen von Bernstorff y Volker Roeben, "International Law as Public Law: On Recent and Historical German Approaches to International Law", en *American Journal of International Law* 103 (2009), 609-619.

¹⁷ Brun-Otto Bryde, "Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des

los representantes de las denominadas teorías del reconocimiento quienes tratan de desarrollar, en la dirección de Jürgen Habermas, modelos de "justicia y democracia transnacionales", de debatir acerca de los presupuestos bajo los cuales el individuo ha de aceptar limitaciones siempre que éstas superen argumentativamente un procedimiento racional de verificación¹⁸. La investigación sobre los conflictos y la paz, la filosofía del Derecho y la filosofía social trabajan de modos muy diversos en el terreno del Derecho internacional, le plantean retos, con frecuencia aportan también sus reservas de idealismo, por ejemplo cuando proponen la participación ciudadana en los conflictos internacionales, la privatización de la política de seguridad o el trato deferente hacia las partes más débiles de los conflictos. La "justicia global" se debe establecer no mediante intervenciones militares o sanciones económicas, sino me-

Verfassungsrechts", en *Der Staat* 42 (2003), pp. 61-75; Armin von Bogdandy, "Constitutionalism in International Law", en *Harvard International Law Journal* 47, 2006, pp. 223-242; Gustavo Gozzi, *Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, Bolonia, 2010, especialmente pp. 356 y ss.

¹⁸ Rainer Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Konstruktivismus*, Frankfurt am Main, 1994 (3.^a ed. en 2004); del mismo autor *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 2007.

dian­te es­tra­te­gias in­te­li­gen­tes, com­pro­misos en­tre los ac­to­res, acuerdos y creación de reglas: en úl­ti­mo tér­mi­no, pues, me­diante De­re­cho ge­ne­ra­do de for­ma au­tó­no­ma¹⁹.

La imá­gen, teñida de idealismo o racionalismo, de una política mundial "constituida" por el De­re­cho in­ter­na­cio­nal se en­fren­ta a la sobria cons­ta­ta­ción de una frag­men­ta­ción del De­re­cho in­ter­na­cio­nal. Al res­pec­to pue­den ac­cu­mu­lar­se de he­cho muy di­ver­sos in­di­cios. Un mun­do que se está ha­ciendo li­te­ral­men­te más es­tre­cho por la su­per­pob­la­ción y por el en­ve­je­ci­mi­en­to de cer­tas re­giones y que se com­prime me­diante la co­mu­ni­ca­ción no es que se sim­pli­fique, sino que se ha­ce más com­ple­jo. Ha de con­for­mar per­ma­nen­te­men­te sub­sis­te­mas para de­li­mi­tar po­si­bles con­flic­tos. En­tre esos sub­sis­te­mas tam­bién se in­cluyen in­evita­ble­men­te nor­mas que han de res­pon­der a las di­fe­ren­cia­cio­nes fun­cio­na­les. En esa me­di­da, la "frag­men­ta­ción" se re­fiere a sis­te­mas nor­ma­ti­vos, que a su vez han de ser a­jus­ta­dos me­diante nor­mas de con­flic­to. Al mar­gen de que tal frag­men­ta­ción se de­scri­ba con el vo­ca­bu­la­rio de la teo­ría de sis­te­mas o se com­pren­da en tér­mi­nos

¹⁹ Christoph Broszies y Henning Hahn (eds.), *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, Frankfurt am Main, 2010.

de crítica de la cultura como síntoma de decadencia del Derecho internacional clásico, o de si la acumulación de los fragmentos se interprete en cierto modo como el caldo primordial de una deliberación (apoyada en la *web*) a partir de la cual se puedan formar a su vez nuevos órdenes o nuevas hegemonías, lo innegable es el hecho de que el Derecho internacional adopta nuevos perfiles a resultas de la globalización²⁰. Si es correcta la tesis de la deriva que aleja entre sí los diferentes círculos culturales (esferas occidental, del Extremo Oriente, islámica), ello comportaría también una regionalización del Derecho internacional, con consecuencias aún incalculables para la imposición de estándares universales en derechos humanos. Se incrementa lamentablemente el número de quienes ven en la pretensión de universalidad del Derecho internacional "occidental" una renovada y refinada forma de colonialismo. Desde el extremo contrario se advierte frente a la renuncia a tal pretensión de universalidad del Derecho internacional y la aceptación de una diferenciación en "áreas culturales", pues tal evolución podría afectar al núcleo mismo del Derecho internacional, desde la Antigüedad planteado en términos universales.

²⁰ Stefan Kadelbach, "Ethik des Völkerrechts unter den Bedingungen der Globalisierung", en *ZaöRVR* 64 (2004), pp. 1-20.

Tal conservación de la intención universalista del Derecho internacional bien pudiera no carecer de perspectivas de éxito si, en un entorno "fragmentado", procuran utilizarse todos los elementos susceptibles de ser empleados para generar condiciones de paz y libertad, por ejemplo la cooperación con los Gobiernos nacionales para la implementación de programas de ayuda o de apoyo externo a la celebración de elecciones libres. Donde las estructuras estatales son "precarias" o se han hundido en el caos de una guerra civil, los objetivos del Derecho internacional podrán ser promovidos, en caso necesario, también con ayuda de las ONGs o de la economía²¹.

Los tiempos del Estado nacional cerrado y del Derecho internacional "clásico" practicado hasta la I Guerra Mundial han quedado atrás²². El número de actores ha aumentado

²¹ Stefan Oeter, "Prekäre Staatlichkeit und die Grenzen internationaler Verrechtlichung", en Regina Kreide y Andreas Niederberger (eds.), *Transnationale Verrechtlichung: Nationale Demokratien im Kontext globaler Politik*, Frankfurt am Main, 2008.

²² Michael Stolleis, "Was kommt nach dem souveränen Nationalstaat? Und was kann die Rechtsgeschichte dazu sagen?", en Adrienne Heritier, Michael Stolleis y Fritz W. Scharpf (eds.), *European and International Regulation after the Nation State. Different Scopes and Multiple Levels*, Baden-Baden, 2004, pp. 17-30 ["¿Qué viene después del Estado nacional soberano? ¿Y qué puede decir al respecto la Historia del Derecho?,"

considerablemente, se perfilan regiones con matriz cultural y religiosa, incluso una fragmentación del escenario en todos los planos. También la clara separación entre Derecho público estatal, Derecho internacional y Derecho privado se ha vuelto difusa. Considerando la labilidad de la seguridad internacional ante el aumento del terrorismo y la mayor proliferación de armas nucleares, la más frecuente violación de las reglas del Derecho internacional humanitario, los conflictos con las minorías y las guerras civiles que incendian tantos lugares, así como el preocupante agotamiento de recursos materiales de la humanidad (minerales y fuentes de energía, extinción de especies, cambio climático, crecientes diferencias entre pobres y ricos), resulta una tarea realista la traslación modificada de principios constitucionales que en el seno del Estado han servido para domesticar al Leviatán. Hace tiempo que los catálogos de derechos humanos de las revoluciones americana y francesa del siglo XVIII han saltado más allá del marco constitucional nacional y han pasado a formar parte del Derecho internacional. Hace tiempo que los enunciados centrales del Estado de Derecho (proceso equitativo, publicidad, interdicción de las

en Michael Stolleis, *La textura histórica de las formas políticas*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pp. 103-117].

sanciones arbitrarias, *non bis in idem*), de la división de poderes, de la vinculación al Derecho y a la ley rigen, de forma modificada, también en el Derecho internacional. Aunque esos elementos no pueden negar su origen en el debate constitucional europeo-estadounidense del siglo XVIII, bien pueden, una vez liberados de su atadura al "Estado", ser aplicables universalmente también en el contexto de la globalización y del nuevo Derecho internacional que está surgiendo en él²³.

5. En esa premisa aparentemente menor, "liberados de su atadura al Estado", es donde sin embargo reside el problema²⁴. Porque la

²³ Armin von Bogdandy, "Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – Eine Bestandsaufnahme", en *ZaöRVR* 63 (2003), pp. 853-877; Paul Schiff Berman (ed.), *The Globalization of International Law*, Aldershot, 2005; Stefan Kadelbach, "Völkerrecht als Verfassungsordnung? Zur Völkerrechtswissenschaft in Deutschland", en *ZaöRVR* 67 (2007), pp. 599-621; Michael Bothe, "Wandel des Völkerrechts – Herausforderungen an die Steuerungsfähigkeit des Rechts im Zeitalter der Globalisierung", en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (en adelante: *KritV*) 2008, pp. 235-246.

²⁴ Philip Caryl Jessup, *Transnational Law*, New Haven, 1956; Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, 1989; del mismo autor *Global Law without a State*, Dartmouth Gower, 1997; y también "Globale Zivilverfassungen Alternativen zur

base teórica de los mencionados principios no está clara. Ya no puede seguir siéndolo el Derecho natural clásico, cultivado desde la Antigüedad hasta entrado el siglo XVIII. Fuera de la doctrina social católica no desempeña ya en público papel alguno. Todo lo más cabe hablar en todos esos debates de un "cripto-iusnaturalismo". Por lo demás, en su lugar ha entrado un Derecho internacional cada vez más positivizado en forma de convenios internacionales e incluso de codificaciones parciales, sobre todo en el ámbito del Derecho humanitario y de los derechos humanos. Al mismo tiempo se ha ampliado, hasta alcanzar la medida del mundo, el que era un pequeño círculo de naciones europeas consideradas como sujetos de Derecho internacional y que se denominaban a sí mismas "civilizadas". Hace tiempo que todos los Estados que forma-

staatszentrierten Verfassungstheorie", en *ZAöRVR*, 63 (2003), pp. 1-28; Andreas Fischer-Lescano y Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen Zur Fragmentierung des Weltrechts*, Frankfurt am Main, 2006; Rudolf Stichweh, "Globalisierung von Wirtschaft und Wissenschaft: Produktion und Transfer wissenschaftlichen Wissens in zwei Funktionssystemen der modernen Gesellschaft", en *Soziale Systeme. Zeitschrift für soziologische Theorie*, 5 (1999), pp. 27 y ss.; Rüdiger Voigt, (ed.), *Globalisierung des Rechts*, Baden-Baden, 1999. Un esbozo sintético en Felix Hanschmann, "Theorie transnationaler Rechtsprozesse", en Sonja Buckel, Ralph Christensen y Andreas Fischer-Lescano (eds.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, 2006, pp. 347-369.

ban parte de antiguos imperios son países reconocidos, del mismo modo que las antiguas colonias. Todos los nuevos Estados han sido incluidos en el Derecho internacional ahora "globalizado", y constantemente se añaden nuevos miembros como resultado de secesiones. Las Naciones Unidas lo reflejan en cuanto "asociación mundial"²⁵.

Simultáneamente se observa una individualización del Derecho internacional, por ejemplo en la lucha contra la esclavitud y la trata de personas, en los derechos de las minorías y el pago de indemnizaciones, la nacionalidad, el derecho de asilo y otras materias que afectan directamente al individuo. Ante todo, los catálogos de derechos humanos formulados universalmente dieron al Derecho internacional el carácter retórico de una Constitución mundial²⁶. En consecuen-

²⁵ Hans-Ulrich Thamer (ed.), *Globalisierung 1880 bis heute*, Darmstadt, 2010 (vol. VI de la *Weltgeschichte* editada por la Wissenschaftliche Buchgesellschaft).

²⁶ Asbjørn Eide, "Der Prozess der Universalisierung der Menschenrechte und seine Bedrohung im Zeitalter der Globalisierung", en Wilhelm Krull (ed.), *Zukunftsstreit*, Weilerswist, 2000, pp. 32-50; Yasuaki Onuma, "Auf dem Weg zu einem interzivilisatorischen Verständnis der Menschenrechte. Für ihre Universalisierung durch Überwindung ihrer Orientierung am Westen", en la misma obra, pp. 51-75; Jan Klabbers, Anne Peters y Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009.

cia, por más que el Derecho internacional sigue siendo en el fondo un Derecho "entre los Estados", en el siglo XX aparecieron junto a ellos nuevos productores de normas²⁷.

De este modo, las fronteras de los Estados se vuelven difusas, no en el sentido de confusas, sino de permeables. La autonomía privada forma redes normativas globales²⁸ y ve en ellas, de forma optimista, oportunidades para el propio desarrollo y la participación²⁹. Pero aun está sin cerrar la cuenta de lo que los

²⁷ Milos Vec, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung*, Frankfurt am Main, 2006.

²⁸ Gunther Teubner, *Netzwerk als Vertragsverbund – Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht*, Baden-Baden, 2004; Marc Amstutz, "Die Verfassung von Vertragsverbindungen", en *KritV*, 2006, pp. 105-130; Andreas Abegg, "Regulierung hybrider Netzwerke im Schnittpunkt von Wirtschaft und Politik", en *KritV*, 2006, pp. 266-290.

²⁹ Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist, 2005; Andreas Fischer-Lescano y Gunther Teubner, *Regime Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main, 2006; Andreas Fischer-Lescano y Sonja Buckel, "Emanzipatorische Gegenhegemonie im Weltrecht", en Regina Kreide y Andreas Niederberger (eds.), *Transnationale Verrechtlichung: Nationale Demokratien im Kontext globaler Politik*, Frankfurt am Main, 2008, pp. 114-133.

individuos pierden simultáneamente en espacios de libertad y en protección jurídica. Pues en una palestra sin normas vinculantes para todos siempre pierden los más débiles. Carecen de toda oportunidad real frente a las redes globales. No existen todavía estructuras procesales firmes, así como tampoco una legitimación democrática de las normas³⁰. Los *actores globales* son tan egoístas como los regímenes no democráticos. Ninguno de ellos quiere saber nada en realidad de participación³¹.

6. Por tanto, si el papel del Estado se desvanece, ello tendrá graves consecuencias.

El Estado conservará, sin duda, su función más antigua, garantizar la seguridad contra los enemigos exteriores, pero la cumplirá de

³⁰ Oren Perez, "Normative Creativity and Global Legal Pluralism: Reflections on the Democratic Critique of Transnational Law", en *Indiana Journal of Global Studies*, 10 (2003), pp. 25 y ss.; Félix Hanschmann (citado en nota 24), pp. 364 y s.; Gunther Teubner, "Verfassungen ohne Staat? Zur Konstitutionalisierung transnationaler Regimes", en Stefan Kadelbach y Klaus Günther (eds.), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Frankfurt am Main, 2011, pp. 49 y ss.

³¹ Anne-Marie Slaughter, "International Law in a World of Liberal States", en *European Journal of International Law* 6 (1995), pp. 503 y ss.

otra forma. Ya no se dan las guerras clásicas "acotadas" por el Derecho internacional³². Hoy se combate a escondidas y con medios técnicos, en una carrera entre laboratorios de investigación y electrónica. Los conflictos transcurren en ámbitos regionales, de forma fragmentada o a través de redes ocultas. El desplazamiento de tropas al extranjero de forma colectiva, las armas sin dotación humana y los ataques en internet caracterizan ya hoy el panorama. Comienza a formarse un Derecho internacional que reacciona frente a ello³³. Deberá asumir como nueva la tarea de civilizar y controlar estas formas de guerra. Presumiblemente desarrollará aún más también la individualización del Derecho penal internacional, que se perfila desde los Procesos de Núremberg. Ya no existen monarcas sacrosantos, "inviolables". Los políticos que dirigen las guerras e imponen con las armas los intereses de su Estado están sometidos al Derecho penal internacional y son tenidos por imputables.

³² Jörg Fisch, *Krieg und Frieden im Friedensvertrag. Eine universalgeschichtliche Studie über Grundlagen und Formelemente des Friedensschlusses*, Stuttgart, 1979.

³³ Resulta instructivo el volumen editado por el Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht con las tomas de posición de toda una joven generación de profesores de Derecho internacional, *ZaöRVR* 67 (2007).

En paralelo se desplaza el papel del Estado en el interior. La garantía de la seguridad y el orden, la regulación del tráfico, el control del agua y los residuos, la protección frente al ruido, la contaminación, las radiaciones, las sustancias tóxicas: en suma, la protección frente a los peligros cotidianos, en el más amplio sentido, seguirá siendo tarea del Estado, aun cuando también aquí actúen servicios de seguridad privados o se dejen las competencias de control en manos privadas. También todas las ofertas educativas y todas las instituciones sanitarias y sociales se espera que estén cercanas al domicilio y se imponen por los ciudadanos a través de elecciones. En definitiva, en la "vieja Europa" es al "Estado" municipal o regional a quien los ciudadanos hacen responsable de las prestaciones y de sus déficits. Presumiblemente se mantendrá aquí un núcleo duro de tareas estatales, aun cuando el Derecho no estatal y transnacional se extienda y al mismo tiempo la sociedad regule (de nuevo) por sí misma ciertas funciones a través del Derecho privado.

El Estado constitucional situado en el contexto de la globalización, por lo demás, deberá interceptar los riesgos que amenacen al ciudadano cuando se enfrente no ya al Estado, sino a sujetos de Derecho privado³⁴. Hoy se

³⁴ Michael Stolleis, "Selbstverwaltung", en Adalbert

habla al respecto de "autorregulación regulada"³⁵. Esa muy variable mezcla de autocontrol y supervisión parece combinar las ventajas de las acciones estatal y privada, en cuanto ofrece estímulos para el despliegue de espacios de libertad, pero también deja claro que ese despliegue debe mantenerse en el marco del *ordre public* del Estado constitucional³⁶.

Quizá sea todavía más importante el desplazamiento de funciones del Estado hacia el exterior. Si el lugar del pueblo del Estado concebido de modo estático ha sido ya ocupado por una "población" móvil con trabajado-

Erler y Ekkehard Kaufmann (eds.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, vol. IV, Berlín, 1990, columnas 1621-1625. Ahora Peter Collin, Gerd Bender, Stefan Ruppert, Margrit Seckelmann y Michael Stolleis (eds.), *Selbstregulierung im 19. Jahrhundert. Zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen*, Frankfurt am Main, 2011.

³⁵ Una panorámica en Martin Eifert, "Regulierungsstrategien", en Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann y Andreas Vosskuhle (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, 2ª. ed., Munich, 2012, § 19, apartados C y D, números marginales 52 y ss.; Gunnar Folke Schuppert, *Der Rechtsstaat unter den Bedingungen informaler Staatlichkeit. Beobachtungen und Überlegungen zum Verhältnis formeller und informeller Institutionen*, Baden-Baden, 2011.

³⁶ Gunnar Folke Schuppert, *Governance und Rechtsetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft*, Baden-Baden, 2011.

res inmigrantes, refugiados políticos y económicos y extranjeros de todo tipo³⁷, también otros poderes ejercen competencias junto al Estado nacional, por ejemplo los órganos de la Unión Europea, las numerosas instituciones creadas por el Derecho internacional, pero asimismo las organizaciones no gubernamentales (ONGs), los grupos empresariales mundiales y especialmente las redes electrónicas que canalizan el flujo de información en todo el globo. Disputan al poder estatal su posición de forma ciertamente no agresiva, pero aún así logran sutiles suplantaciones, por ejemplo recopilando sin permiso imágenes ("street-view"), textos (escaneado completo de literaturas nacionales) y datos de movimiento (localización de teléfonos móviles), o también mediante la publicación de documentos secretos obtenidos de uno u otro modo ("Wikileaks"). Apenas cabe hablar ya de un derecho absoluto del Estado a la última decisión sobre un territorio delimitado.

³⁷ El 5 de abril del año 2000 se discutió vivamente en el Bundestag, siendo aprobado finamente por mayoría, el proyecto del artista Hans Haacke, que combinaba en el patio interior de la zona norte del Reichstag berlinés un letrero luminoso "A la población" ("Der Bevölkerung") con tierra procedente de los distintos distritos electorales. El texto se corresponde con la inscripción "Al pueblo alemán" ("Dem Deutschen Volke") colocada en 1916 sobre la entrada principal.

Se plantea así la pregunta por el futuro del Estado constitucional en la sociedad mundial³⁸. El Derecho constitucional, todo el Derecho incluso, se encuentra "ante los retos de la globalización"³⁹. Desde hace más de dos décadas se documentan las transformaciones que ello implica⁴⁰ y se ha hecho habitual la referencia conciliadora y esperanzada a la "estatalidad abierta". Con ella se pretende decir que, pese a las múltiples cooperaciones,

³⁸ Udo Di Fabio, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, Tübingen, 2001; Gunnar Folke Schuppert, *Staatswissenschaft*, Baden-Baden, 2003, pp. 835 y ss.; Mathias Albert y Rudolf Stichweh (eds.), *Weltstaat – Weltstaatlichkeit: Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*, Wiesbaden, 2007.

³⁹ Christian Walter, "Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion", en *Deutsches Verwaltungsblatt* 115 (2000), pp. 1-13; Matthias Ruffert, *Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht*, Stuttgart, 2004; Georg Nolte y Ralf Poscher, "Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung", en *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer* 67 (2008), pp. 129 y ss., 160 y ss.

⁴⁰ Alexander Hollerbach, "Globale Perspektiven der Rechts- und Staatsentwicklung", en sus *Ausgewählte Schriften*, edición de Gerhard Robbers, Berlín, 2006, pp. 13 y ss.; una síntesis más reciente y muy instructiva ofrece Gunnar Folke Schuppert, "Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit?", en *Der Staat* 47 (2008), pp. 325-358, con la respuesta de Philipp Genschel y Stephan Leibfried, "Schupperts Staat. Wie beobachtet man den Wandel einer Formidee?", en el mismo volumen, pp. 359-380.

superposiciones y dependencias, el "Estado" sigue y debe seguir siendo la auténtica magnitud de referencia y el refugio que protege al individuo. Dando esto por supuesto, el resultado dependerá fundamentalmente del equilibrio entre las tareas locales, regionales, nacionales y transnacionales y entre las correspondientes competencias e instituciones. Ese equilibrio, que siempre será precario dada la multiplicidad de factores, es una tarea que incumbe a todas las disciplinas jurídicas, desde el Derecho privado hasta el Derecho internacional. Siempre se hablará aquí sobre los espacios de libertad y los vínculos del desarrollo social autónomo, pero también de la protección fáctica y de la tutela jurídica. No sólo la justificación del Estado moderno depende de que respete y proteja los derechos fundamentales. También tiene que civilizar las instituciones que vayan ocupando su lugar en el curso de la globalización. Pues si estas no cumplen tales funciones de protección, para las cuales fue creado el Estado en la Edad Moderna, no merecen el apoyo solidario de los concernidos. Y, sobre todo, no obtendrán la legitimidad por el "reconocimiento" que les resulta indispensable para funcionar. Inseparablemente ligado a la protección de los derechos del hombre y del ciudadano está el gran proyecto de trasladar los procedimientos democráticos de formación de voluntad desde el Estado a los "espacios supraestatales"⁴¹.

Los mecanismos que ya están acreditados extenderán así su radio e incluirán cada vez más actores.

Otros piensan en dirección contraria, interpretando las redes ya hoy existentes como "global governance" y proclamando la sociedad internacional como orden normativo. Ese orden, no obstante, parece todavía imperfecto y necesita ser mejorado paso a paso para que se haga más "democrático" y proteja los derechos humanos. Puesto que ya no existe un orden mundial eurocéntrico y evidentemente tampoco se logra establecer una nueva "*Pax Americana*" —si es que fuera deseable—, las esperanzas se ponen en soluciones cooperativas, discursivas o deliberativas que incluyan a todas las demás culturas o al menos a sus representantes más poderosos⁴². Esas solu-

⁴¹ Uwe Volkmann, "Die zwei Begriffe der Demokratie – Von der Übertragbarkeit staatsbezogener Demokratievorstellungen in überstaatliche Räume", en Klaus Hofmann y Kolja Naumann (eds.), *Europäische Demokratie in guter Verfassung?*, Baden-Baden, 2010, pp. 14-32.

⁴² Andrew Hurrell, "Die globale internationale Gesellschaft als normative Ordnung", en Rainer Forst y Klaus Günther (eds.), *Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven*, Frankfurt am Main-Nueva York, 2011, pp. 103-132; Armin von Bogdandy, Philipp Dann y Matthias Goldmann, "Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance", en Rainer

ciones deben favorecer resultados "justos", "equitativos", y referir su legitimidad a la mayor participación posible de los pueblos (*demoi*) afectados⁴³.

La experiencia histórica muestra que semejante transformación de las estructuras requiere los esfuerzos de muchas generaciones. Las instituciones y las mentalidades cambian con relativa lentitud. Habrá múltiples situaciones intermedias y procesos de transición, con seguridad también muchos experimentos fallidos. Con una escéptica perspectiva científica tampoco cabe pronosticar muy larga vida a algunas de las propuestas o expectativas actualmente debatidas, como las referidas a un "Estado virtual en Internet", una "democracia electrónica", una "sociedad civil global" o una "democracia cosmopolita". Sin embargo, esos procesos de fermentación intelectual son del máximo interés en cuanto

Forst y Klaus Günther (eds.), *Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven*, op. cit., pp. 227-263, con más referencias.

⁴³ Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-Determination. Moral Foundations for International Law*, Oxford, 2004; del mismo autor "The Legitimacy of International Law", en Samantha Besson y John Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, 2010, pp. 79-96; Samantha Besson, "Die Autorität des Völkerrechts", en Rainer Forst y Klaus Günther (eds.), *Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven*, op. cit., pp. 167-225.

fenómenos que acompañan un acelerado cambio de nuestro entorno vital. Ofrecen la materia prima para los modelos interpretativos que más adelante serán dominantes. Y entretanto se alimentan del acervo de ideas de la historia del pensamiento humano. De un lado se acude de nuevo, una y otra vez, a los textos clásicos, analizándolos de modo repetitivo y aplicándolos de forma renovada para que sirvan a la interpretación de una actualidad aún incomprendida. De otro, los autores intentan pensar novedosamente sobre nuevas bases empíricas, ciertamente sin lograr escapar de una tradición en la que están completamente empapados por ósmosis cultural. Es evidente que los impulsos más fuertes para la fantasía intelectual de la teoría política, sociológica y jurídica surgen hoy de la "globalización", sea cual sea su significado práctico. La sociedad mundial, quiéralo o no, va en un mismo barco.

GLOBALIZACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

*Andreas PAULUS**

La dramática crisis económica y financiera que padece la Europa que compartimos, y en particular España, ofrece una buena ocasión para recordar que ya hemos abordado juntos problemas mucho más radicales, como la división de nuestro continente y la superación de las dictaduras, primero en el suroeste, luego en el este. Las coincidencias normativas entre España y Alemania –tanto en un plano horizontal, al tratarse de dos Estados constitucionales de Derecho, como en el vertical, en cuanto miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa, signatarios de la Carta de los Derechos Fundamentales y del Convenio Europeo de Derechos Humanos– implican también una comunidad de destino.

* Catedrático de Derecho Público especializado en Derecho internacional general y Co-Director del Instituto de Derecho internacional y europeo de la Universidad Georg-August de Göttingen, Juez de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal alemán (las posiciones recogidas en el texto deben imputarse exclusivamente a su autor). Se ha conservado el estilo propio de la intervención oral. [Traducción de Ignacio Gutiérrez.]

Esto significa que o bien resolvemos juntos la crisis, o nuestros órdenes normativos no sobrevivirán –no el de España, pero tampoco el alemán. Y no podemos renunciar alegremente a tal ordenamiento jurídico compartido sin perder nuestra propia identidad. La integración europea ha conducido aquí, lenta pero continuadamente, no sólo a una integración vertical en la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino también a una integración horizontal de las democracias y los Estados constitucionales de los participantes.

Pero tampoco aquí debemos engañarnos: no lo lograremos sin esfuerzos, sin lucha, sin conflicto, unos con otros, pero también con nosotros mismos. Para ello tenemos ya una Constitución común, una Constitución de la libertad, una Constitución dentro de la que también se han de discutir las diferencias, pero en la que permanecen al margen del conflicto los fundamentos comunes. Esta Constitución común está a nuestra disposición para que abordemos las discrepancias y afrontemos los problemas de modo tal que, como resultado, seamos más fuertes que antes.

Abordar la crisis de modo exitoso presupone el respeto al Derecho. La Unión Europea es ante todo –como su predecesora, la Comu-

nidad (Económica) Europea— una Comunidad de Derecho, que descansa sobre competencias definidas por los Tratados y cuyas resoluciones son vinculantes para todos los Estados miembros. Sin Comunidad de Derecho renunciaríamos a nuestro legado común como Estados constitucionales democráticos en Europa, lo traicionaríamos. Y con ello solo lograríamos perder, no solo en cuanto juristas, sino como ciudadanos de nuestros Estados y de Europa.

Intentaré aportar a la discusión algo que se corresponda con los dos papeles que desempeño: el del profesor de Derecho internacional que percibe la globalización en principio como una fuerza positiva, que puede unificar a los hombres si es debidamente concebida conforme a Derecho; y el papel del juez constitucional que en su actividad diaria se ve enfrentado, cada vez más, a las exigencias no sólo del propio Derecho, sino también a las del Derecho de otros sistemas, sin que sea posible controlarlo simplemente mediante la jerarquización.

Diré primero algo acerca de mi concepción de los conceptos generales de globalización y Constitución, luego dirigiré la mirada a los efectos de la globalización sobre las constituciones nacionales, y finalmente plantearé algunas cuestiones acerca de la Constitución de

la globalización, en especial para preguntarme si la globalización y la democracia están necesariamente en contradicción recíproca. En el resumen no me pronunciaré en favor de una Constitución global, sino de una constitucionalización conforme al "tipo ideal" orientada a regularizar la globalización.

I. "Constitución" y "globalización".

Lo primero que debo explicar es qué entiendo por "globalización" y por "Constitución". No pretendo ofrecer un concepto objetivo de globalización, sino uno subjetivo y limitado, y uno también subjetivo, pero aquí más amplio, de Constitución.

1. *De la globalización fáctica a la normativa*

En nuestro contexto, la globalización es, en primer lugar, el desarrollo conjunto del mundo más allá de las fronteras nacionales o atravesándolas, en un número creciente de ámbitos reales, pero también normativos, desde el comercio y la economía –en especial– hasta el medio ambiente y los derechos humanos. Frecuentemente hemos concebido la globalización, con buen motivo, como un fenómeno ante todo económico, que ha unificado con intensidad progresiva no sólo Europa, sino el mundo. Si miles de millones de

dólares o de euros se desplazan diariamente por todo el planeta, si la compraventa de acciones entre Nueva York, Tokio y Londres nunca se detiene, si una crisis de los créditos inmobiliarios en los Estados Unidos de América puede desencadenar una crisis bancaria en Islandia y luego en todo el mundo, o si la misma organización terrorista puede cometer atentados en Nueva York, Washington, Madrid y Mumbai, entonces de hecho tiene sentido decir que el mundo ha llegado a unificarse, aunque los diferentes sistemas funcionales, como el Estado y en especial el Derecho, necesiten aún un tiempo para adaptarse.

Pero deberíamos concebir la globalización no sólo como un fenómeno de hecho. Quizá sea admisible que un alemán cite en este contexto a Immanuel Kant, quien en su escrito *Sobre la paz perpetua* toma como punto de partida que el daño infligido al hombre en una parte del mundo es sentido igualmente en las demás¹. No por casualidad se convierte esta relación fáctica de proximidad, ya en Kant, en un postulado ético que impone reconocer a esos hombres como sujetos morales e incluirlos en el proceso de producción y aplicación de normas. Dicho en otros términos, hablamos de un proceso en el que el mundo se

¹ Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf*, citado por la edición de Wilhelm Weischedel, *Werke*, 1983, p. 194.

desarrolla imbricándose cada vez más; por lo que una perspectiva analítica, que concibe el conjunto a partir de partes singulares autárquicas y soberanas, necesita el complemento de una perspectiva holística, porque el clásico particularismo ya no es capaz de solucionar los problemas. No nos referimos solo a cuestiones como el calentamiento global o la crisis financiera, sino también a la imposición de normas mínimas para la conducta individual y de los Estados en garantía de la dignidad de los demás y frente al empleo de la violencia brutal contra personas y cosas. De aquí resulta normativamente la necesidad, dicho en la acertada formulación de Jürgen Habermas, de la "inclusión del otro"², de tener en cuenta los intereses legítimos de todos los hombres a la hora de considerar la solución de los problemas. De la proximidad fáctica se extraen por tanto consecuencias ya en ese nivel ético.

Al respecto, el reto central para el Derecho y la política en la era global resulta de la asincronía entre la unificación fáctica, el desarrollo de una moral común y su traducción en un sistema jurídico también común. Problemas como la regulación de los mercados financieros o el calentamiento global son de

² Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main: Surhkamp, 1996.

alcance mundial; las propuestas de solución permanecen sin embargo ancladas en el marco nacional. Por más que muchos problemas puedan ser resueltos, como siempre, en el nivel más inmediato, esto ya no es suficiente. El clásico Derecho internacional de la coordinación era muy adecuado para mantener separadas las esferas estatales. Pero queda desbordado cuando pretende coordinar la solución de tareas comunes, por no hablar de la creación de instituciones globales capaces de actuar en un plano internacional³.

Por otro lado, nuestras instituciones normativas están orientadas predominantemente hacia el Estado nacional. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional alemán en su sentencia sobre el Tratado de Lisboa se ha referido a la universalidad de dicho modelo⁴. El Estado constitucional democrático, en toda la diversidad de sus formas, es en el terreno político y jurídico el logro central de la modernidad⁵. La democracia, el Estado de

³ Véase al respecto ya Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York: Columbia University Press, 1964.

⁴ Cfr. BVerfGE 123, 167 (344) (la "Constitución de los alemanes [posee], en concordancia con el desarrollo internacional justamente desde la creación de las Naciones Unidas, un fundamento universal ... que no debe ser modificable mediante el Derecho positivo").

⁵ Véase al respecto la contribución de Michael Stolleis en este mismo volumen.

Derecho, la separación de poderes, el Estado social, los derechos fundamentales, también el federalismo o el regionalismo, todo ello resulta garantizado en el marco del Estado constitucional moderno. Estos valores y principios tienen su garantía en y a través del Estado constitucional, social y democrático; sin su institucionalización en el Estado constitucional quedarían fundamentalmente reducidos a postulados morales, cuya realización dependería del arbitrio subjetivo del titular del poder. Una globalización que implicara la renuncia a la democracia y a los derechos del hombre supondría un gran retroceso civilizatorio.

Por ello, el núcleo del reto consiste en que los niveles internacional y global compartan los logros del Estado constitucional democrático. El poder público no se desprende de la problemática que le resulta inherente simplemente por el hecho de ser ejercido en un nivel más amplio. Quien padece la muerte civil al ser incluido en una relación de terroristas de las Naciones Unidas difícilmente comprenderá que sus derechos humanos no puedan ser invocados ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁶, y la puesta en acción de los

⁶ Cfr. la generosa suplencia del control jurídico por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los casos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, Yassin

Cascos Azules de las Naciones Unidas no puede ser lograda al precio de excluir cualquier control jurídico. En el plano material se han producido muchos progresos: las Naciones Unidas han centralizado el uso legítimo de la fuerza armada en el Consejo de Seguridad y han codificado los principios fundamentales de la convivencia para casi doscientos Estados, en su marco se han elaborado garantías globales de los derechos humanos, incluso se discute sobre un "derecho a la democracia"⁷ –y es parcialmente implementado. Mas, pese a la Carta de las Naciones Unidas, en el ámbito internacional se echan en falta la codificación de los principios fundamentales y las instituciones democráticamente legitimadas que impongan el Derecho de modo fiable; dicho resumidamente, falta una Constitución en el sentido verdadero, funcional, de la palabra⁸.

Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea [2008] ECR I-6351, [2008] 3 CMLR 41.

⁷ Véase sólo Gregory H. Fox y Brad R. Roth (eds.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge: Cambridge UP, 2000; Thomas Franck, "The Emerging Right to Democratic Governance", *American Journal of International Law* 86 (1992), p. 46.

⁸ Andreas Paulus, "The International Legal System as a Constitution", en Jeffrey Dunoff y Joel P. Trachtman, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance* (Cambridge: Cambridge UP, 2009), pp. 76 ss.; pero véase también Bardo Fassbender,

Mientras esto sea así, podemos modificar el concepto de Constitución de modo que sea aplicable a las relaciones internacionales, o podemos también mantenernos aferrados al concepto clásico de Constitución, vinculado al Estado nacional – en este segundo caso Estado y Constitución coinciden, una Constitución sin Estado sería inconcebible.

2. *De la Constitución estatal a la Constitución supra- e interestatal*

En definitiva, también el concepto de Constitución depende en gran medida del contexto. En el Derecho interno del Estado hablamos usualmente de Constitución ante normas que reúnen las reglas fundamentales del ordenamiento jurídico estatal en un Derecho de rango supremo. También las Constituciones no escritas, como la de Gran Bretaña, contienen así numerosas normas constitucionales recogidas en uno o en varios documentos constitucionales, mientras que otras Constituciones reconocen normas fuera de la Constitución a las que atribuyen el mismo rango y más o menos la misma función, como

"The United Nations Charter as Constitution of the International Community", *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1998), p. 25, y del mismo autor *The United Nations Charter as the constitution of the international community*, Leiden: Nijhoff, 2009.

ocurre por ejemplo en Austria⁹. Finalmente, el concepto de Constitución ha sido derivado una y otra vez, desde la Revolución Francesa, de la existencia de derechos humanos indisponibles¹⁰. Muchos colegas vinculan la Constitución de modo necesario con el Estado nacional acuñado en el occidente de Europa, frecuentemente ligado al concepto de soberanía popular¹¹. Pero con ello pierde el concepto

⁹ Sobre las leyes constitucionales austríacas veanse los arts. 144, 144a y 149 de la Ley Constitucional Federal de la República de Austria, modificada por última vez conforme al boletín oficial austríaco BGBl. I Nr. 51/2012. Véase asimismo la decisión del Tribunal Constitucional austríaco conforme a la cual las leyes austríacas serán en adelante controladas con el parámetro de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Declaración de 14 de marzo de 2012 – U 466/11, U 1836/11, reproducida en *EuGRZ* 2012, pp. 331 ss., que avanza considerablemente (números marginales 43 y 46: "deber de depuración", interpretación coherente de las constituciones y la Carta de Derechos Fundamentales). Entre las leyes constitucionales entendidas de tal modo se cuenta también el Convenio Europeo de Derechos Humanos, véase en la misma resolución el número marginal 31 con referencia al boletín oficial austríaco BGBl. 59/1964.

¹⁰ Véase ya el art. 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.

¹¹ Lo rechaza para la Unión Europea actual a causa (exclusivamente) de la ausencia del componente democrático que implica la inmediata derivación del pueblo Dieter Grimm, "Ursprung und Wandel der Verfassung", en Josef Isensee y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts, Bd. I*, Heidelberg: CF Müller, 3ª. ed. 2003, § 1, número marginal 99, con referencias adicionales; y allí mismo lo descarta por completo para el nivel

su función analítica –simplemente queda excluido para desarrollos internacionales y supranacionales. Ahora bien, dado que buscamos equivalentes funcionales de una Constitución, un concepto estático no tiene mucho sentido –sobre todo si pretendemos examinar hasta qué punto la globalización puede ser concebida jurídicamente.

Pero, de hecho, el Estado democrático de Derecho es, desde nuestra perspectiva europeo-occidental, el elemento esencial y el modelo de toda comunidad constituida –y con toda razón hablamos de Estados constitucionales, como Alemania, los Estados Unidos o España. Con la aplicación del concepto a conexiones internacionales y supranacionales, éste pierde consistencia: de un concepto general se pasa a una denominación para fenómenos particulares que finalmente, y en las circunstancias dadas, no se integran en un modelo unificado –por más que ese modelo unificado, la reunión del Derecho de rango supremo en un documento, suponga al menos en el continente europeo el fin fundamental de una Constitución, que agrupa en una estructu-

internacional, número marginal 101. Aún más allá va Josef Isensee, que parte de la "unidad integral de Estado y Constitución", "Staat und Verfassung", en Josef Isensee y Paul Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts, Bd. II*, Heidelberg: CF Müller, 3ª. ed. 2004, § 15, números marginales 192 s.

ra de sentido las diversas ordenaciones jurídicas estatales, normalmente con la pretensión fundamental de primacía frente a ellas. Pero el mero hecho de que el concepto haya alcanzado tanto brillo en esta configuración no implica que debamos renunciar a él. En otro lugar hemos mostrado el modo en que puede ser aplicado con sentido a conexiones internacionales y permite poner en evidencia los déficits del (des)orden mundial¹². En adelante pretendo centrarme, en sentido inverso, en el significado que tiene la globalización para nuestra concepción de la Constitución.

II. Globalización y concepción de la Constitución

Pues es cierto que el proceso de globalización ha modificado nuestra concepción de la Constitución. En muy primer lugar, nuestra concepción de los derechos fundamentales y de los derechos humanos ha convergido de manera significativa; pero, en segundo lugar, también se ha extendido notablemente a través del componente social –a partir de una libertad simplemente negativa y defensiva frente al Estado se han desarrollado pretensiones positivas que deben ser satisfechas por él¹³. La aprobación de una Constitu-

¹² Paulus (cit. en nota 6).

¹³ Véanse sólo los arts. 27 y siguientes de la Carta de

ción ha pasado a ser un proceso en el que los Estados democráticos no se encierran en sí mismos, sino que buscan referencias recíprocas. En España no me resulta necesario subrayarlo especialmente: estamos orgullosos de que España encontrara por ejemplo y no en último lugar en la Ley Fundamental muchos elementos que se correspondían con las propias concepciones y quisiera incluirlos en su propia Constitución; del mismo modo que los padres y madres de la Constitución alemana no se orientaron sólo por la historia constitucional alemana, sino que incluyeron por ejemplo la práctica de los Estados Unidos de América en sus reflexiones. Las Constituciones de otros Estados reflejan experiencias consolidadas, y sería de un lado negligente ignorar dichas experiencias, pero resultaría

los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, DOUE 2007/C 303, p. 1; Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, en vigor desde el 26 de febrero de 1965, 529 UNTS 529, p. 89, STCE n.º. 35; Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976, UNTS 993, p. 3. Se muestra crítico Dietrich Murswiek, "Grundrechte als Teilhaberechte", en Josef Isensee y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IX, Heidelberg: CF Müller, 3ª. ed. 2011, § 192, números marginales 67-70, con referencias adicionales. Sobre la libertad "negativa" y "positiva" véase Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, Oxford: Oxford UP, 1969, pp. 118 ss.

también ingenuo transferirlas sin reparo ni adaptación a lugares en los que existen circunstancias y valoraciones diferentes.

1. Protección de los derechos del hombre y del ciudadano

El primer punto en el que la globalización ha tenido una influencia significativa desde el punto de vista del contacto recíproco es el de los derechos del hombre y del ciudadano. Los derechos fundamentales han sido conquistados en cada Estado mediante largos conflictos con el poder político, pero en cualquier caso ha de reconocerse que desde la Ilustración también han desarrollado una constante fuerza de atracción que va más allá del Estado correspondiente –los Estados Unidos o Francia sirven aquí como ejemplo, del mismo modo que la influencia de la Ley Fundamental sobre las codificaciones constitucionales en la Europa de los años 70 y, tras la caída del muro de Berlín, de los años 90 del siglo XX.

Además, también las codificaciones internacionales han tenido un efecto de retorno sobre el Derecho nacional. Ciertamente hubo que esperar a la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948¹⁴ para que

¹⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, Resolución de la Asamblea

fuera aceptado generalmente el principio de que los Estados no podían vulnerar los derechos humanos tampoco frente a sus propios ciudadanos y en su propio territorio. Sólo en 1966 se siguieron de ahí tratados vinculantes conforme al Derecho internacional. Sin embargo, los constituyentes alemanes incluyeron en el art. 1.2 de la Ley Fundamental su reconocimiento expreso de "los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo". La Constitución española de 1978 da incluso un paso más cuando, al abrir su catálogo de derechos fundamentales, dice que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" (art. 10.2 CE); la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sigue en lo fundamental el mismo camino¹⁵.

Las garantías internacionales de los derechos humanos, por su parte, han tenido efec-

General de las Naciones Unidas 217 A (III), Doc. A/810, p. 71.

¹⁵ Véanse BVerfGE 111, 329 –*caso Görgülü*; BVerfGE 128, 326 (366 ss.) – *prisión preventiva* (con referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos).

tos sobre la aprobación de las Constituciones estatales. En particular, la Declaración Universal de Derechos Humanos fue trasladada en 1966 no a una única Convención, sino a dos Pactos Internacionales: el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales¹⁶ y el Pacto de derechos civiles y políticos¹⁷. La idea de los derechos sociales, como el derecho a la educación o a la alimentación, complementa la idea de los derechos humanos como derechos de libertad frente al Estado. En cualquier caso, en el seno del Estado ha de tenerse en cuenta que cuando existan diversas vías posibles para garantizar estos derechos y cuando se disponga sólo de recursos limitados será normalmente tarea del legislador, por tanto del Parlamento, y no de los jueces, atender a las obligaciones derivadas de los derechos sociales y buscar el equilibrio entre los diferentes derechos sociales. Esto se refleja en los Pactos, entre otros elementos, en que el Pacto social incorpora para su transposición una vinculatoriedad menos determinante que el Pacto civil¹⁸. En cuanto documento más reciente, la Constitución española ya recono-

¹⁶ Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, 999 UNTS, p. 171.

¹⁷ Supra nota 11.

¹⁸ Cfr. art. 2 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales en relación con art. 2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

ce los derechos sociales en el Título dedicado a los derechos fundamentales de forma más expresa que la Ley Fundamental¹⁹; pero ha de hacerse referencia al hecho de que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, el art. 1.1 de la Ley Fundamental –la dignidad humana– en conexión con el art. 20.3 –el principio del Estado social– garantiza el derecho a un mínimo existencial, un derecho social que en concreto debe definir el legislador, pero con criterios y límites inferiores que son controlados por el propio Tribunal Constitucional²⁰.

Para garantizar la universalidad de los derechos humanos –y la primavera árabe pone de manifiesto que los derechos humanos son también reclamados por las personas de los países islámicos– existe también un debate acerca de la medida en que el reconocimiento de los derechos impone asimismo el reconocimiento de deberes humanos²¹. Resulta signifi-

¹⁹ Véanse por ejemplo los arts. 27 y 35 de la Constitución española de 1978.

²⁰ BVerfGE 125, 175 (222 ss.), confirmada en BVerfG, 1 BvL 10/10 de 18.7.2012, párrafos número 88 ss., http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20120718_1bvl001010.html.

²¹ Cfr. al respecto el proyecto de una Declaración Universal de Deberes del Hombre del InterAction Council, *Die Zeit* n.º. 41 del 3 de octubre de 1997, pp. 18 s.; sobre la complicada relación de los derechos fundamentales de

cativo que la Constitución española diferencie entre un capítulo dedicado a "los derechos fundamentales y libertades públicas" y otro sobre "derechos y deberes de los ciudadanos", para expresar, de un lado, que ciertos derechos fundamentales no pueden ser relativizados mediante su vinculación a deberes, pero asimismo, de otro, que por supuesto la comunidad estatal puede y necesita también exigir algo de sus ciudadanos y sus ciudadanas. Tal diferenciación es útil para impedir que, por ejemplo, el logro de derechos sociales pueda ser invocado como justificación para la lesión de derechos de libertad. Así, la Declaración de la Conferencia de Viena sobre los derechos humanos de 1993 habla de que todos los derechos humanos son "universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados"²². Además hemos aprendido también que las violaciones sistemáticas de

la Ley Fundamental con la idea de los deberes fundamentales véase Hasso Hofmann, "Grundpflichten und Grundrechte", en Josef Isensee y Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IX (cit. en n. 13), § 195, con referencias adicionales; para enfoques más recientes véase Hans Küng, *Weltethos für Weltpolitik und Weltwirtschaft*, München/Zürich: Piper, 2ª ed. 1997, pp. 145 ss.; también Erika-Irene A. Daes, "The Individual's Duties to the Community", con referencia al art. 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/432/Rev. 2 (1983).

²² Declaración de Viena y Programa de Acción, UN Doc. A/CONF.157/23 de 12.7.1993, línea 5.

los derechos humanos pueden afectar con rapidez a los Estados vecinos, por supuesto, y no sólo a causa de los refugiados o de los perjuicios comerciales, sino porque los regímenes que desprecian los derechos humanos con gran frecuencia representan también una amenaza para sus vecinos. El ejemplo de Siria está presente ante nosotros en todo su horror.

La globalización de la protección de los derechos humanos y la creciente multiculturalidad de nuestras sociedades implica también que antiguos hábitos sociales se pongan en cuestión. De un lado, la sociedad mayoritaria tiene pleno derecho a que se fije socialmente el criterio de la mayoría sobre el domingo como día festivo²³, al menos siempre que se permita a las minorías celebrar de modo similar otro día de la semana. Trazar aquí las fronteras se ha convertido en una cuestión intensamente debatida, sea en torno al velo que puedan llevar profesoras o estudiantes, sobre el crucifijo en las aulas²⁴ o acerca del modo de sacrificar los animales conforme a determinados ritos religiosos²⁵.

²³ Véase por ejemplo el art. 140 de la Ley Fundamental en relación con el art. 139 de la Constitución de Weimar; cfr. BVerfGE 125, 39 (77 ss.) (año 2009).

²⁴ Cfr. Lautsi vs. Italy, Application no. 30814/06, sentencia de 18 de marzo de 2011, con BVerfGE 93, 1 (año 1995).

Mientras que, conforme a su concepción clásica, los derechos fundamentales estaban orientados hacia el Estado –sea como libertad frente a él o como pretensión de que realice alguna actividad–, las empresas globales de internet, como Google y Facebook, y también las grandes industrias, como Volkswagen o Telefónica, representan un reto para los derechos de sus colaboradores y clientes. Muchos intentos de someter los actores económicos a los derechos humanos, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, han quedado en no vinculantes; pero algunas empresas, junto con las Naciones Unidas, han comenzado a avanzar por la vía de la autovinculación en la red Global Compact²⁶. Sin embargo: el Estado y ante todo la colaboración entre Estados siguen estando llamados a regular con el fin de proteger la libertad civil. Esto es justamente aplicable también para la protección de datos en la era de la información, tanto para proteger al individuo frente al Estado –almacenamiento de datos²⁷– como frente a actores no estatales –como Facebook y Google.

²⁵ Cfr. BVerfGE 104, 37 (año 2002).

²⁶ Cfr. <http://www.unglobalcompact.org> (última consulta el 10 de septiembre de 2012).

²⁷ Cfr. BVerfGE 125, 260 (año 2010).

De este modo, se discute cada vez más en qué medida los particulares quedan vinculados también por los derechos fundamentales²⁸. Con ello, sin embargo, se relativiza una diferenciación fundamental del Derecho constitucional, en concreto la que distingue entre ciudadanos libres, que pueden hacer cuanto no les está expresamente prohibido, y el Estado, que sólo puede hacer lo que le está expresamente permitido, al menos cuando esa actuación interfiere en los derechos del particular. Hasta qué extremo los derechos fundamentales resultan de aplicación en las relaciones entre particulares, como determinó el Tribunal Constitucional alemán –aunque sólo mediatamente a través de la decisión judicial– ya desde la sentencia del caso Lüth²⁹, sigue siendo muy discutido, en especial cuando esto conduce a la interferencia de los órganos internacionales de tutela de los derechos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la totalidad del ordenamiento jurídico de los Estados. Fue célebre en Alemania el caso de la Princesa Carolina de Hannover, que desde hace años se defiende frente a la presentación de la vida privada de

²⁸ Sobre la diferencia fundamental entre el Estado vinculado por los derechos fundamentales y el ciudadano titular de los mismos véase recientemente BVerfGE 128, 226 (244 s.) (año 2011) –*caso Fraport*.

²⁹ BVerfGE 7, 198 (año 1958) –*caso Lüth*.

su familia en los medios sensacionalistas y con ello ha despertado la conciencia sobre la amenaza a la privacidad por parte de esa prensa, pero también ha dado tarea a diferentes jurisdicciones, desde la civil, pasando por la constitucional, hasta la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁰.

Pero también aquí quedan bajo presión las respuestas que ofrezcan los Estados particulares. Los Estados, más bien, deben alcanzar regulaciones comunes y oponer algo a las empresas mediante la colaboración en organizaciones inter- o supranacionales capaces de llevar su eficacia hasta los particulares³¹. También las empresas internacionales debie-

³⁰ Véase solo *von Hannover vs. Germany* (nº. 2), App. nos. 40660/08 y 60641/08, Sentencia de 7 de febrero de 2012, párrafos 104 – 107 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala); cfr. también *Springer vs. Germany*, App. no. 39954/08, Sentencia de 7 de febrero de 2012, párrafos 85-88 (Gran Sala); BVerfGE 101, 361 (año 1999) –*caso Carolina I*; 97, 125 –*caso Carolina II* (año 1998); 120, 180 –*caso Carolina III* (año 2008).

³¹ Véase por ejemplo el proyecto de reglamento europeo sobre la protección de datos que fijaría exigencias mínimas al respecto también para las empresas con actividad internacional, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos)* de 25.1.2012, KOM (2012) 11 final 2012/0011 (COD).

ran estar interesadas en ello, porque de ese modo no se confrontarían con innumerables sujetos reguladores distintos; algo que puede resultar muy costoso. Pero las regulaciones armonizadas generan por su parte también problemas para la diferente sensibilidad que los distintos ordenamientos constitucionales nacionales han desarrollado frente a las lesiones de la esfera privada o sobre la renuncia a determinados bienes³².

2. Efectos de los acontecimientos medioambientales

A la globalización de los derechos humanos se han añadido, sin embargo, otras globalizaciones menos positivas. La unificación del mundo implica también que la acción de un Estado o de una empresa puede tener efectos sobre otros Estados, incluso globales. Un ejemplo particularmente potente es sin duda el llamado consenso alemán sobre la energía atómica –el acuerdo nacional sobre la desconexión de todas las centrales nucleares con la mayor celeridad posible, en todo caso antes de 2022– como reacción frente a la catástrofe de la central japonesa de Fukushima, que a su vez fue consecuencia de un tsunami.

³² Cfr. Johannes Masing, "Herausforderungen des Datenschutzes", *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, p. 2305 (2310 s.).

Con este ejemplo se pone también de manifiesto que las reacciones nacionales a acontecimientos globales que afectan a todos pueden ser muy diferentes. Pero me parece indudable que, aunque la respuesta a la cuestión del calentamiento global bien puede ser localmente diferenciada, sería exigible un mínimo nivel de compromisos internacionales. Un Estado podría por sí solo reducir radicalmente su emisión de gases generadores del efecto invernadero mediante una actuación incisiva de costes significativos, pero con ello apenas habría conseguido nada si todos los demás continúan bloqueando el acuerdo. El resultado de la recentísima cumbre Río + 20 muestra también, sin embargo, que la atención global hacia las cuestiones medioambientales con frecuencia se paraliza durante una crisis económica.

3. Globalización de la economía y límites del Estado constitucional nacional

Mientras que la globalización económica fue percibida en último extremo como una fuerza en su conjunto positiva, que generaba bienestar a través del comercio y creaba con internet un medio de comunicación global en tiempo real, la crisis financiera ha dejado claro que la globalización de los mercados financieros, sin una correlativa regulación globalizada, pueden producir monstruos. Su-

pondría un error, sin embargo, abjurar del propio comercio mundial como fuerza positiva que promueve el bienestar y el intercambio. Pero incluso en círculos liberales se ha extendido la idea de que el mercado no se regula por sí mismo, sino que necesita la vigilancia y la regulación política —regional, pero también global.

Un Estado o incluso una región del mundo no pueden por sí solos enfrentarse a este problema. En principio, la integración europea supone también el intento de dar respuesta a la cuestión de cómo sostener una Europa formada por Estados particulares en un mundo globalizado. Con el grupo de los veinte Estados industrializados y emergentes más importantes (G-20)³³ parece esbozarse un gremio capaz de adoptar e imponer regulaciones de ámbito mundial con mayor vigor que las Naciones Unidas³⁴. Pero el G-20 depende al mismo tiempo de la trasposición de sus

³³ De cuya estructura descentralizada es buen ejemplo la ausencia de estructuras centrales, suplidas por el país que en cada momento dirige la presidencia, véase por ejemplo para la cumbre de 2012 la página web www.g20.org (consultada el 31 de octubre de 2012), gestionada por el Gobierno de México.

³⁴ Sobre propuestas de reforma profundas véase la Declaración de la Cumbre en el encuentro de Pittsburgh en el año, *The G20 Pittsburgh Summit Commitments*, que se puede obtener en la web del Centro de Información sobre el G20 de la Universidad de Toronto: <http://>

decisiones por parte de los Estados nacionales y las organizaciones internacionales institucionalizadas de modo estable. Un fortalecimiento del Consejo económico y social de las Naciones Unidas³⁵ o de organizaciones regionales como la Unión Europea podría convertirse en (sólo) una parte de la solución.

Si la globalización además lleva a que el capital fluya hacia los países ricos en lugar de llegar a los pobres, entonces deberemos reflexionar no sólo sobre una globalización del trabajo, que sólo podría agravar aún más ese efecto, sino sobre mecanismos de compensación financieros y sociales. Un movimiento migratorio global generaría más problemas de los que pudiera resolver. Algo diferente podría decirse de una cierta movilidad de los trabajadores europeos, siempre que no condujera al despoblamiento regional. Así, muchos polacos, tras una fase de trabajo en otros Estados de Europa, retornan para ganarse su buen dinero en casa.

En la actual situación del mundo, sin embargo, las soluciones institucionales globales, por más deseables que resulten, pocas veces

www.g20.utoronto.ca/analysis/commitments-09-pittsburgh.html (consultado el 31 de octubre de 2012).

³⁵ Véase el Capítulo X de la Carta de las Naciones Unidas.

pueden imponerse. Era justamente una finalidad de la Unión Europea, mediante la llamada comunitarización en el marco de una organización regional, regular conjuntamente muchos de los asuntos que no se podían abordar con perspectivas de éxito en el nivel nacional –al menos por parte de Estados del tamaño que tienen en Europa-, mas para los cuales una regulación global no parecía deseable o verosímil. También se pretende con la Unión Europea, naturalmente, la representación de nuestros intereses compartidos en el marco mundial.

Quizá haya quedado claro que de los caminos particulares nacionales, incluso cuando parecen posibles –por ejemplo en la parada nuclear alemana–, no cabe esperar la solución de los problemas. No podemos sujetar los mercados financieros globales mediante respuestas particulares de los Estados. Lo mismo es aplicable a la regulación de internet, Facebook o Google, que comportan todo tipo de riesgos para los derechos fundamentales, por más que se trate de agentes no estatales.

III. Efectos formales de la globalización: de la jerarquía a la equiordenación

¿Y cómo puede adaptarse el Estado constitucional a la nueva situación? La pretensión

de primacía de la Constitución, a la que también podemos llamar soberanía³⁶, pone en dificultades a un Estado constitucional concebido de modo absolutista y jerárquico cuando se confronta con el Derecho de otros Estados constitucionales o con acervos jurídicos internacionales o supranacionales. Porque, al menos en su ámbito de aplicación, los sistemas convencionales inter y supranacionales quedan desahuciados si se limitan a tolerar las desviaciones.

Por eso el Derecho internacional público ha rechazado desde siempre el argumento de que las objeciones constitucionales no susceptibles de ser identificadas desde el exterior puedan oponerse al cumplimiento de obligaciones jurídico-internacionales³⁷. Para un ordenamiento jurídico supranacional que pretende primacía de aplicación sobre el Derecho nacional, como el Derecho de la Unión Europea, esto rige aún con mayor razón, porque aquí está en buena medida excluida la salida de proporcionar un resarcimiento de daños en lugar del cumplimiento.

³⁶ Cfr. BVerfGE 123, 267 (349) (año 2009) – *Tratado de Lisboa* (la soberanía impide la transferencia de la "competencia sobre la competencia" y exige independencia frente a la voluntad ajena).

³⁷ Véase el art. 46 del Tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, 1155 UNTS, p. 331, en vigor desde el 27.1.1980.

Desde antes de Hans Kelsen se sabe que, en un sistema jerárquico, sólo uno puede situarse en la cúspide; Kelsen abogaría también por la supremacía del Derecho internacional, aunque inicialmente de modo muy indirecto y pese a sus dificultades para imponerse³⁸ –pues en otro caso el Derecho nacional ni siquiera podría reconocer la existencia de otro Derecho nacional, salvo que reflejara en su propio seno las reglas jurídico-internacionales sobre la delimitación de los ámbitos de soberanía; lo que llevaría a la consecuencia poco convincente de que el Derecho español en Alemania, para ser simplemente reconocido como Derecho, debería ser considerado necesariamente a través de la incorporación en el ordenamiento jurídico alemán del principio de la soberanía territorial del Derecho internacional general. Una consecuencia que, si se me permite decirlo así, resulta absurda: el Derecho extranjero tendría la consideración de un ordenamiento jurídico aunque en el Derecho alemán no existiera absolutamente ninguna norma de interconexión.

³⁸ Cfr. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, ed. por Matthias Jestaedt, Tübingen: Mohr, 2012, pp. 147 ss.; más prudente sin embargo el propio Kelsen en *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed., 1960 (impreso en Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1960, pp. 332 ss): no hay decisión definitiva entre la primacía del Derecho internacional y la primacía del Derecho estatal.

Pero hay que conceder a Kelsen que la relación de un ordenamiento jurídico articulado de modo jerárquico con otro similar siempre habrá de ser regulada por los respectivos ordenamientos –esto es, cada ordenamiento jurídico regula para sí la relación con los demás ordenamientos y coloca sus acervos jurídicos en el lugar que les corresponde dentro de la estructura jerárquica del Derecho interno. Mas con ello estamos ante un proceso de referencias recíprocas para el que no existe ningún punto de observación neutral. Cada sistema puede contemplar el otro sólo a través del prisma de su propio ordenamiento jurídico. La teoría de los sistemas del jurista y sociólogo Niklas Luhmann ha aprovechado tal perspectiva para analizar la relación entre diferentes sistemas funcionales de la sociedad como la política, la economía, el Derecho y la religión³⁹; sus discípulos lo han aplicado también a la relación entre diferentes ordenamientos jurídicos⁴⁰. Así se perfila la

³⁹ Véase Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997; del mismo autor también: *Die Kunst der Gesellschaft* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995); *Die Politik der Gesellschaft* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000); *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993); *Die Religion der Gesellschaft* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000); *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988); *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990).

⁴⁰ Véase en especial Andreas Fischer-Lescano y

imagen de una Constitución global no jerárquica, relacional, que reconoce diferentes espacios e instituciones que actúan con autonomía y sólo se mantienen unidos de modo relativo mediante mecanismos comunes –siempre modificables– de producción del Derecho, como el tratado y el Derecho consuetudinario, y de la suposición de que todos juntos generan un ordenamiento carente de contradicciones –o, si no, al menos disponen de reglas de colisión capaces de solventar en el caso concreto la cuestión de la primacía, desde el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas hasta el *ius cogens* internacional, pasando por la primacía de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

Con nuestro concepto de Constitución resultaría por el contrario más familiar, al menos en principio, ver la solución de los problemas globales en la adopción de una Constitución mundial. Pero ya Kant señaló que el Estado resultante de un lado debería ser despótico para dominar el pluralismo, de otro resultaría impotente para imponer su pretensión global⁴¹. Por más que Kant apenas pudie-

Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006; de los mismos autores, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", *Michigan Journal of International Law* 25 (2004), p. 999.

⁴¹ Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden: Ein*

ra imaginar con qué rapidez son procesadas hoy las informaciones en todo el mundo, su análisis apenas ha perdido valor para la actualidad.

Por ello cabe plantear la cuestión de si esa lógica, en sí misma irrefutable, de una Constitución jerárquicamente ordenada con una norma fundamental en la cúspide puede tener efectividad en el orden que se está perfilando. Una Constitución puede pretender primacía frente al resto del Derecho nacional, pero no frente a otros Estados –y menos aún frente al Derecho supranacional de observancia preferente⁴². Pero si no podemos imponer jerarquía alguna, entonces habremos de aprender a vivir en sistemas equiordenados. No primacía de una norma sobre otra, de uno u otro tribunal, sino observancia de los límites competenciales, respeto y consideración en caso de solapamientos; o, en la célebre formu-

philosophischer Entwurf (2^a. ed. 1796), pp. 30 ss., citado conforme a la edición de Wilhelm Weischedel (ed.), *Werke*, 1983, p. 194 (208-213); Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1798), § 61, cit. por Wilhelm Weischedel (ed.), *Werke*, p. 309 (474-75).

⁴² Entretanto esto ha sido también reconocido por el Tribunal Constitucional alemán, véase BVerfGE 126, 286 (301 s.) (año 2010) –*caso Honeywell*; BVerfGE 129, 78 (99 s.) –*caso muebles Le Corbusier*; también respectivamente sobre los límites de la aplicación preferente en caso de evidente exceso competencial o de afectación de la identidad constitucional nacional.

lación de Konrad Hesse, concordancia práctica⁴³, que idealmente conduce a la eficacia optimizadora de dos regulaciones concurrentes en su aplicación práctica a un ámbito concreto sin que ninguna de ellas resulte postergada.

El ordenamiento jurídico europeo lo prevé en el art. 4 del Tratado de la Unión, cuando –pese a la primacía– impone el respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros, la Ley Fundamental alemana en el art. 23, cuando acepta la primacía del Derecho europeo entretanto Europa se mantenga en el marco compartido que le ha sido conferido en cuanto organización supranacional de Estados constitucionales, configurado por los principios de la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y la subsidiariedad federal –justamente los mismos principios a los que no podríamos renunciar sin abdicar de nuestra identidad constitucional democrática, sin los cuales tampoco la Unión Europea seguiría siendo la Unión a la que hemos accedido de modo voluntario y con el apoyo de abrumadoras mayorías y que hemos renovado desde Roma hasta Lisboa,

⁴³ Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, reimpresión de la 20^a. ed. (Heidelberg: C.F. Müller, 1999), números marginales 317 ss.

una y otra vez, también con amplias mayorías en las votaciones parlamentarias o en los referenda.

En el entrelazado de los ordenamientos jurídicos, no en la supremacía de uno sobre los demás, está la receta del éxito. Es cierto que el Derecho europeo pretende primacía en la aplicación incluso respecto de las Constituciones nacionales, pero reconoce su identidad constitucional y los principios y valores comunes⁴⁴. También es cierto que la Ley Fundamental alemana, como el Tribunal Constitucional ha subrayado de nuevo en su sentencia sobre el Tratado de Lisboa⁴⁵ y ha concretizado en la resolución del caso Honeywell⁴⁶, tiene supremacía sobre cualquier otro Derecho aplicado en Alemania y los Estados miembros conservan la "competencia sobre la competencia" (Kompetenz-Kompetenz) en cuanto señores de los Tratados —es decir, la competencia de decidir sobre las modificaciones de los fundamentos convencionales de la Unión; pero incluso en el marco de esa supremacía reconoce la primacía de aplicación también en Alemania del Derecho europeo dentro de su ámbito de competencias, incluso —como ha

⁴⁴ Véase art. 4 TUE.

⁴⁵ BVerfGE 123, 267 (349 a., 353) (año 2009) – *Tratado de Lisboa*.

⁴⁶ BVerfGE 12, 386 (302 ss.) (año 2010) – *caso Honeywell*.

constatado recientemente la Sala Primera del Tribunal Constitucional— para modificar o integrar lagunas de la Constitución⁴⁷. O, en las palabras que la sentencia de la Sala Segunda sobre la prisión preventiva utiliza en relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se impone una repetición esclavizada, sino una adaptación del Derecho internacional dentro del de los Estados adheridos a él, como se corresponde con las relaciones entre dos tribunales que no tienen otro superior en el seno de sus respectivos ordenamientos, pero ciertamente encuentran en el espacio jurídico europeo otros altos tribunales que conocen del Derecho internacional y supranacional⁴⁸.

Equiordenación en lugar de jerarquía, diálogo y razonamiento entre Tribunales en lugar de insistir en la titularidad de la decisión final –tal desafío se plantea no sólo en el seno del Derecho internacional, sino justamente también para las relaciones del Derecho internacional y europeo con el Derecho nacional. Tal entrelazado ya fue comparado hace doce años por las politólogas Kohler-Koch y Knodt con un bizcocho de mármol: pues justamente

⁴⁷ BVerfGE 129, 78 (97 ss.) (año 2011) –*caso muebles Le Corbusier*; cfr. BVerfGE 123, 267 (353 s.).

⁴⁸ BVerfGE 128, 326 (367 ss.) (año 2011) –*prisión preventiva*.

no existen niveles jurídicos cuidadosamente separados, recíprocamente ordenados de forma jerárquica, como implica la imagen del sistema multinivel, sino un entrecruzamiento de diferentes ordenamientos, con el aspecto del bizcocho de mármol y no de una tarta de varias capas⁴⁹.

La idea de Constitución, sin embargo, en un extremo debería ser igual en todas partes, y no sólo en los ordenamientos jurídicos nacionales: en la necesidad de la división de poderes y del control de cualquier poder por parte de otros, así como en el respeto de los derechos inviolables de todos. En esto reside la esencia de una Constitución, incluso cuando se traslada a relaciones internacionales: la regulación y limitación del poder frente a la imposición de la pretensión de dominio de poderes singulares. También las Naciones Unidas debieran someterse a este principio si pretenden ser un orden constituido.

IV. Globalización y democracia

Ante la ausencia en el ámbito global de una verdadera democracia en sentido propio –que impone el gobierno del pueblo o de la mayo-

⁴⁹ Citado por Michèle Knodt, *Regieren im erweiterten europäischen Mehrebenensystem* (2005), p. 33.

ría⁵⁰—, la globalización parece que ha de ser lograda siempre al precio de una pérdida de democracia: la solución más efectiva de los problemas en un nivel global frente a la decisión democrática en el nivel inferior. Como ha sido puesto de manifiesto, no en último extremo por parte del Tribunal Constitucional alemán en sus sentencias sobre los Tratados europeos, las ciudadanas y los ciudadanos continúan aún vinculando la democracia sobre todo con el Estado nacional, en el que la minoría puede aceptar las decisiones mayoritarias porque existe un consenso básico sobre los principios fundamentales y porque la minoría tiene la posibilidad de convertirse en algún momento en mayoría⁵¹. Aquí se topa un ordenamiento democrático supranacional con sus límites.

Con ello se bloquea igualmente una solución del "déficit democrático" de las instituciones internacionales: no cabe una respuesta que provenga de un Estado mundial democrá-

⁵⁰ Cfr. el escepticismo respecto de la Unión Europea en BVerfGE 123, 267 (349, 365 ss.) – *Tratado de Lisboa*; sobre la democracia en el Derecho internacional véase Andreas Paulus, "Subsidiarity, Fragmentation and Democracy", en Tomer Broude y Yuval Shany (eds.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law*, Oxford/Portland: Hartm 2008, p. 193 (198-206), con ulteriores referencias.

⁵¹ BVerfGE 123, 267 (367, 369).

tico que lo abarque todo. Por más que se configurara en términos federales, podría quedar triturado por el roce de los intereses particulares. En lugar de ello, el problema democrático se solventa tradicionalmente mediante el principio del consenso: cuando los Estados sólo quedan vinculados mediante su consentimiento, pero dicho consentimiento depende a su vez de la legitimación democrática, entonces se ha procurado al menos una legitimación indirecta. Junto a ella están la legitimación funcional lograda por la solución de problemas que trascienden las fronteras y la reciprocidad de las obligaciones asumidas, que en condiciones de igualdad de las partes contratantes conduce por sí misma, al menos tendencialmente, a un equilibrio justo de intereses. También la Ley Fundamental parte en el Preámbulo y en los arts. 23 y 24 de que la participación en condiciones de igualdad en instituciones y procedimientos internacionales sirve a "la paz en el mundo".

Pero resulta dudoso que podamos avanzar más allá tan fácilmente. Las necesidades globales de regulación llevan a que la opción de retirarse y no hacer nada resulte poco atractiva –de aquí proviene la "ausencia de alternativas" a la acción multilateral que los gobernantes tanto invocan justamente ahora. Pues también la ausencia de regulación del

calentamiento global o de los mercados financieros es precisamente una regulación, y además poco estimulante. Por lo demás, es sabido que no podemos suponer que la democratización de todos los Estados del mundo se corresponda con un curso irreversible de la Historia⁵². Y, sin embargo, la participación, e incluso a veces el derecho de veto de actores no democráticos, como China, parecen mejor alternativa que la simple "liga de Estados democráticos", que ni lograría la universalidad imprescindible para poder resolver los problemas, ni supondría necesariamente una configuración más armónica.

Pero, en especial, delegar en ella las cuestiones más importantes tampoco sería más democrático que incluir Estados no democráticos en el proceso de decisión, puesto que también estos representan, como portadores de la capacidad de decidir en su país, los intereses del mismo, por más que sea sin una legitimación democrática satisfactoria. Pues ocurre que una representación no ideal parece frecuentemente mejor que una no-representación. Por último, y en términos muy pragmá-

⁵² Pero véase la discusión a comienzos de la década de los noventa del siglo XX acerca de un "fin de la Historia" tras la caída del comunismo, Francis Fukuyama, "The End of History", *National Interest* 16 (1989), p. 3; del mismo autor *The End of History and the Last Man* (New York: Free Press, 1992).

ticos, debe reconocerse que la reducción de las cuestiones de legitimación a un problema de democracia haría casi imposible imponer las decisiones internacionales en los Estados no democráticos y frente a ellos. Desde la perspectiva internacional, por tanto, debe continuar señalándose que también los regímenes no democráticos están vinculados a las obligaciones que han asumido por Tratado, justamente porque se han comprometido a ello. Pero eso también significa, visto por su reverso, que los Estados democráticos no pueden desvincularse sin más de sus obligaciones internacionales apelando a la democracia interna⁵³.

En cualquier caso, un nuevo orden mundial que, como el "New World Order" de la primera directora del Servicio de Planificación del Departamento de Estado de Hillary Clinton, Anne-Marie Slaughter⁵⁴, insista en la legitimación burocrática a partir de las exi-

⁵³ Cfr. BVerfG, 2 BvR 1390/12 de 12.9.2012, párrafo n.º. 319, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912_2bvr139012.html, donde se deja abierta la cuestión respecto de los Tratados "que afectan sustancialmente a la constitución económica y social de las partes del Tratado", aludiendo al instituto de la desaparición de la base del negocio.

⁵⁴ Anne-Marie Slaughter, *A New world order*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004.

gencias objetivas y de la competencia, como ocurría con la concepción funcionalista e interestatal de Hans-Peter Ipsen referida a la primera Comunidad Económica Europea⁵⁵, no parece corresponderse con las exigencias de la legitimación democrática. Más bien sería exigible que las decisiones financieras y económicas de los actores internacionales se consideraran necesitadas de legitimación. Las exigencias objetivas por sí solas no se la proporcionarán a largo plazo. Y ello es aplicable igualmente a las actuales medidas excepcionales orientadas a salvar el euro o el sistema financiero mundial.

Objeciones muy similares cabe oponer a la legitimación, aparentemente basada en una democracia de base, de los subsistemas que se regeneran y sostienen por sí solos, como los que conjuran sobre todo Gunter Teubner y Andreas Fischer-Lescano en su modelo de autopoiesis fragmentada⁵⁶. Para ellos, la legalidad autónoma de los subsistemas no es un problema, sino que representa la solución del

⁵⁵ Hans-Peter Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, p. 196: "uniones finalistas de integración funcional".

⁵⁶ Supra nota 40 y texto correspondiente. Para la crítica véase Andreas Paulus, "Comment", *Michigan Journal of International Law* 25 (2004), p. 1047; en contra Gunther Teubner y Andreas Fischer-Lescano, *ibid.*, p. 1059.

problema de la legitimidad. El resto sería Derecho destinado a resolver los conflictos de normas. Pero, dejando a un lado el hecho de que también este Derecho debe proceder de algún lugar –también en el Derecho internacional privado parece aumentar la relevancia de los Tratados internacionales frente a las reglas de colisión establecidas por los Estados particulares–, lo cierto es que tal sistema no está en situación de resolver conflictos entre sistemas. Estos imponen justamente un debate del conjunto de la sociedad desde la perspectiva del interés general, algo a lo que Teubner y Fischer-Lescano parecen renunciar.

V. Resumen: hacia una globalización de la idea constitucional

Junto a la económica, existe también una globalización jurídica: al menos de cara al futuro, el Derecho constitucional nacional vive, si es que lo logra, no aislado frente al resto del Derecho. Es cierto que, mediante la aplicación directa y la primacía, el Derecho de la Unión Europea pretende dotarse en su ámbito de aplicación un rango jerárquicamente realzado, pero el Derecho constitucional nacional se reserva la posibilidad de condicionar el cumplimiento del mandato europeo de aplicación, como ha hecho la Ley Fundamental alemana en el art. 23. También la jurisprudencia

cia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe ser incorporada por los Estados (art. 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), pero los ordenamientos estatales deciden por sí mismos cómo y a quién corresponde atender a tal obligación, mediante la ley, la jurisprudencia o, en caso necesario, mediante el pago de una compensación (art. 41 CEDH). Ya con esto queda claro que la imagen jerárquica del Derecho, acuñada por Hans Kelsen, resulta cada vez menos adecuada para caracterizar la situación actual, dada la interconexión ya no sólo fáctica, sino también jurídica entre los sistemas jurídicos. No se aspira a decidir entre pretensiones de vigencia en conflicto, sino que por regla general se evita la decisión o se pospone *ad calendas graecas*⁵⁷.

Pero la globalización tiene efectos fundamentales sobre la práctica constitucional también en el plano de las Constituciones nacio-

⁵⁷ Para los –escasos– contraejemplos véase el caso *Kadi* (nota 6); Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 31.1.2012, Pl. ÚS 5/12, *Common Market Law Review* 49 (2012), con comentario crítico de Robert Zbiral; en sentido diferente TEDH (Gran Sala), *Nada vs. Switzerland*, Appl. No. 10593/08, Sentencia de 12 de septiembre de 2012, párrafo. 197. Véase también la crítica al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Andrea Gattini, "Comment", *Common Market Law Review* 46 (2009), p. 213; Daniel Halberstam y Eric Stein, "The UN, the EU, and the King of Sweden", *Common Market Law Review* 46 (2009), p. 13 (71-72).

nales. Para comenzar, cada proceso constituyente comienza –al menos en Europa, pero también más allá—buscando paralelos en otros Estados constitucionales, ordenándolos y siguiendo su ejemplo en mayor o menor medida. Lo mismo sucedía, por lo demás, en el siglo XVIII. Pero las actuales Constituciones del "Estado abierto"⁵⁸ tienen no sólo la ventaja de acceder con mayor facilidad a la información requerida, están además por lo común más familiarizadas con las prácticas constitucionales de otros países; muchos y muchas entre quienes reciben el encargo de redactar la Constitución han estudiado previamente en el extranjero y aplican en casa los conocimientos adquiridos. Muchas Constituciones, como la alemana⁵⁹ o la española⁶⁰, apelan expresamente a los derechos humanos internacionalmente reconocidos y a sus garantías. Pero cada proceso de recepción está ligado a transformaciones y adaptaciones de lo recibido.

⁵⁸ Conforme a la formulación de Udo di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998; véase ya Klaus Vogel, *Die Entscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, Tübingen: Mohr, 1964.

⁵⁹ Véase el art. 1.2 de la Ley Fundamental: "El pueblo alemán (...) reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

⁶⁰ Art. 10.2 de la Constitución española de 1978.

Aunque el Tribunal Supremo de los Estados Unidos aún a veces se resista⁶¹, la influencia recíproca de las interpretaciones constitucionales en los Estados democráticos es evidente. Esto no tiene nada que ver con el hecho de que cada Tribunal Constitucional aplique en su ámbito jurídico la propia Constitución, sin estar vinculado por las decisiones de otros Tribunales Constitucionales. Pero, dada la similitud de las situaciones problemáticas, el conocimiento recíproco resulta esclarecedor. No atender a las decisiones de otros Tribunales mostraría negligencia, y sería deshonesto silenciar la fuente de las propias conclusiones. Con ello no se altera el mandato del Tribunal Constitucional, que le impone interpretar y aplicar la propia Constitución y no cualquier otra, y tampoco mengua su legitimación democrática, que descansa sobre el

⁶¹ Cfr. *Atkins vs. Virginia*, 536 U.S. 304, 316 n. 21 (2002); *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558, 573 (2003) (que cita al TEDH); así también BVerfGE 128, 226 (253) (año 2011) – Fraport, con informaciones de los tribunales de Estados Unidos y Canadá; contra la cita de tribunales "extranjeros" *Atkins*, 536 U.S. at 321, 325 (Rehnquist, C.J., voto particular), 536 U.S. at 33 (Scalia, J., voto particular): "Equally irrelevant are the practices of the ,world community,' whose notions of justice are (thankfully) not always those of our people" ("igualmente irrelevantes son las práctica de la 'comunidad mundial', cuyas nociones de justicia no siempre son, por fortuna, las de nuestro pueblo"); de modo similar *Lawrence*, 539 U.S. at 598 (Scalia, J., voto particular).

cumplimiento de esta su tarea del mejor modo imaginable, lo que le impone procesar tantas informaciones como le sea posible para alcanzar la –o, mejor dicho, una– solución correcta. Pero, con independencia de que se produzca o no la cita recíproca, lo cierto es que la idea constitucional ya se ha globalizado –hasta el extremo de que el Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia sobre el Tratado de Lisboa, pudo tomar como punto de partida que la universalidad del Estado nacional constituido resultaba indiscutible⁶².

Pero la globalización también ha puesto en mayor evidencia que nunca los límites del Derecho constitucional nacional: no sólo el calentamiento global, sino también la regulación del mercado mundial y sobre todo de los mercados financieros y de los bancos desbordan al Estado nacional de corte clásico. De este modo, la globalización exige demasiado de las Constituciones nacionales; los espacios jurídicos y políticos de decisión se estrechan cada vez más, y en lugar de proponer alternativas de decisión, la política discute con frecuencia sólo acerca de la presentación de un resultado preestablecido ante un público estupefacto. En tal situación, corresponde a los Tribunales constitucionales nacionales recordar a la política la necesidad de legitimar

⁶² BVerfGE 123, 267 (344) – *Tratado de Lisboa*.

democrática y parlamentariamente sus decisiones y de observar los procedimientos democráticos. El buen fin no justifica los medios. Y sin embargo, la solución de los problemas globales, por más amargo que resulte, bien podría consistir finalmente en un incremento de la democracia no nacional, sino internacional.

Por ello el Tribunal Constitucional alemán ha fortalecido una y otra vez al Parlamento frente al Gobierno y lo ha convertido en un actor capaz de actuar en el plano internacional, relativizando la naturaleza ejecutiva de la política exterior. La mediatización del pluralismo social y político en la política exterior a través del Gobierno ya no se adecúa a los tiempos de la globalización; ha de apoyarse una política realmente internacional, que comprometa por tanto a las diversas sociedades, cuya legitimación debe partir de los órganos más directamente legitimados desde el punto de vista democrático. De este modo, también los tribunales constitucionales pueden perfectamente contribuir a la mejora de la legitimación democrática de los procesos internacionales de adopción de decisiones, justamente porque no se dispone, o todo lo más en esbozo, de una legitimación democrática internacional inmediata.

Por último: en un mundo de grandes corrientes migratorias, nos veremos confrontados de forma creciente, dentro de nuestro propio orden constitucional, con otros círculos culturales y jurídicos. La comparación jurídica se convertirá en ciencia aplicada. La igual dignidad no admite tratamientos desiguales en materia de mínimo existencial entre los de casa y los recién llegados⁶³, una igual libertad religiosa impone la protección de las religiones de los demás incluso al precio de relajar la protección de los animales⁶⁴ e impone que se facilite la convivencia pacífica, incluso la aproximación, entre locales y extraños. La creciente pluralidad de nuestras sociedades impone un equilibrio, que debe ser continuamente recompuesto, entre aceptación de lo ajeno y preservación de lo propio. De esto se debe seguir ocupando el Derecho constitucional. Y eso no es posible sin fricciones. No existe un mundo ideal del Estado constitucional mundial, una y otra vez lo ponen de manifiesto el derecho de asilo y refugio.

Nuestros Estados están obligados a cumplir un nivel mínimo en Europa en virtud

⁶³ BVerfG, 1 BvL 10/10 de 18.7.2012, párrafos n°. 89, 93, 100 ss.; http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20120718_1bvl001010.html —*Ley de asilo*.

⁶⁴ BVerfGE 104, 337 (351 s.) —*sacrificio de animales*.

del Convenio de Derechos Humanos, internacionalmente por los Pactos de Derechos civiles y sociales. Para los Estados miembros de la Unión Europea rigen además la Carta de Derechos Fundamentales –en la medida en que aplican Derecho europeo– y la cláusula de homogeneidad del art. 6 TUE, que incluso está dotada por el art. 7 de una garantía sancionatoria –aunque débil. Con ello quedan vinculadas nuestras Constituciones también jurídicamente. La consideración recíproca de los altos tribunales europeos aparece, por tanto, como deber.

Dejemos aquí al margen, de momento, la pregunta acerca de si la globalización exige también la formación de una Constitución internacional. Pero la globalización de la creación y la aplicación constitucional apenas puede ponerse en duda. Al contrario: es la impresionante historia de un éxito.

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*
2. L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. A. Ruiz Miguel, R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*
4. P. Costa, B. Aláez Corral, *Nacionalidad y ciudadanía*
5. V. Ferreres, J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. R. Romboli, M. Carrillo, *Los consejos de garantía estatutaria*
8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. A. Presno Linera, *Garantismo espurio*
9. E. Bulygin, M. Atienza, J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. F. J. Laporta, J. Ruiz Manero, M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. J. F. Malem Seña, F. J. Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces*

14. M. C. Redondo, J. M^a Sauca, P. Andrés Ibáñez, *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. S. Huster, A. Pau, M^a J. Roca, *Estado y cultura*
16. P. Comanducci, M^a A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*
17. E. Barros Bourie, M^a P. García Rubio, A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños*
18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*
19. A. Squella, N. López Calera, *Derechos humanos, ¿invento o descubrimiento?*
20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*
21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón, *Los defensores del contribuyente*
22. R. Vázquez, A. Ruiz Miguel, J. M^a Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*
23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe, *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad*
24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*
25. J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*
26. J. Delgado Echeverría, J. Rams Albesa, *Retos de la dogmática civil española*
27. A. Pace, P. Andrés Ibáñez, *Inmunidad del poder en Italia*
28. C. Peña, H. Omar Seleme, F. Vallespín, *Estudios sobre Rawls*
29. M. Baurmann, J. L. Martí, P. de Lora, *Los desafíos de la democracia*
30. A. F. Franco, C. Álvarez Alonso, *La cuestión cubana en las Cortes de Cádiz*
31. J. A. Xiol Ríos, F. J. Bastida Freijedo, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*
32. A. Ollero, J. A. García Amado, C. Hermida del Llano, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*

33. E. Garzón Valdés, P. Sala Sánchez, Fco. Rubio Llorente, M. Lorente Sariñena, Fco. Laporta, Elías Díaz, V. Ferreres Comella, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*

34. C. Rogel Vide, E. Serrano Gómez, *Tensiones y conflictos sobre derecho de autor en el siglo XXI. Materiales para una reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*

35. M. Carrillo, R. Romboli, *La reforma del recurso de amparo*

36. P. Schiera, B. Clavero, *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política*

37. J. Esteve Pardo, J. Tejada Palacios, *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*

38. J.M. Naredo, Carlos Taibo, *De la burbuja inmobiliaria al decrecimiento: causas, efectos y perspectivas de la crisis*

39. M. Stolleis, A. Paulus, I. Gutiérrez, *El Derecho constitucional de la globalización*

