

# El constitucionalismo en la esfera pública global \*

Por JUAN CARLOS BAYÓN  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*En el último capítulo de Principia iuris Ferrajoli sostiene la necesidad de extender el constitucionalismo más allá de los Estados y propone hacerlo mediante la articulación de lo que denomina un «federalismo global multinivel». En este artículo se intenta mostrar que un problema básico que afectaba ya a la concepción de la democracia constitucional mantenida por Ferrajoli en el nivel estatal (no prestar la atención debida a las cuestiones básicas de una teoría de la autoridad legítima, a saber, quién ha de decidir qué será o no indecidible y quién ha de concretar el contenido y alcance exactos de aquella decisión) aqueja de un modo todavía más severo a su propuesta de constitucionalismo multinivel. Por otra parte, su concepto de «pluralismo» no parece realmente adecuado para articular un modelo satisfactorio de constitucionalismo multinivel o «más allá del Estado».*

Palabras clave: *Constitucionalismo, democracia, soberanía, monismo y pluralismo jurídicos, subsidiariedad, tutela multinivel de los derechos.*

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2009-08138/JURI «Las dificultades de la democracia: entre política y derecho».

## ABSTRACT

*In the closing chapter of Principia iuris Ferrajoli holds that constitutionalism must be extended beyond the State by setting up what he calls a «multi-level global federalism». In this paper I intend to show that what could be seen as a serious flaw in Ferrajoli's conception of constitutional democracy within the State (namely, that the key questions pertaining to a theory of legitimate authority –«who has to decide what may and what may not be decided?» and «who has to authoritatively decide the precise content and scope of that former decision?»– tend to be disregarded) turns out to be even more damaging to his proposal of multilevel constitutionalism. Besides, his concept of «pluralism» seems to be unfit to frame a suitable model of multilevel –or beyond the State– constitutionalism.*

*Key words: Constitutionalism, democracy, sovereignty, legal monism and pluralism, subsidiarity, multilevel protection of rights.*

**SUMARIO:** 1. EL CONSTITUCIONALISMO SEGÚN FERRAJOLI: UN PUNTO CIEGO.–2. LOS EQUÍVOCOS DEL PLURALISMO.–3. ¿HAY EN *PRINCIPIA IURIS* CRITERIOS PARA DEFINIR UN «PLURALISMO ORDENADO»? LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y MAYOR NIVEL DE PROTECCIÓN COMO PAUTAS PARA LA ASIGNACIÓN DE LA AUTORIDAD LEGÍTIMA EN LA ESFERA PÚBLICA GLOBAL.

La transformación más patente y de mayor trascendencia que ahora mismo está experimentando nuestro derecho público es sin duda la que, difuminando en buena medida la divisoria clásica entre lo nacional y lo internacional, está ya modificando sustancialmente la idea moderna de constitución –que a duras penas puede seguir siendo concebida como norma que regula de manera suprema y omnicomprendiva el ejercicio del poder público sobre un territorio determinado– y convirtiendo en tópicos del momento las alusiones a la internacionalización del derecho constitucional y a la constitucionalización del derecho internacional (o de determinados ordenamientos supranacionales)<sup>1</sup>. Así que en una obra monumental como *Principia*

---

<sup>1</sup> Para obtener una panorámica actualizada de lo que se discute hoy bajo los rótulos «constitucionalización del derecho internacional» e «internacionalización del derecho constitucional» puede ser útil consultar, respectivamente, DE WET, 2012 y CHANG y YEH, 2012. Conviene subrayar que cada una de esas expresiones se maneja en la actualidad en varios sentidos no enteramente coincidentes. En primer lugar, quienes hablan de *constitucionalización del derecho internacional* [vid., entre muchas referencias posibles, FASSBENDER, 2005; DE WET, 2006; PETERS, 2006; NIJMAN y NOLLKAEMPER (eds.), 2007; o KLABBERS, PETERS y ULFSTEIN, 2009] aluden fundamentalmente a alguna(s) de las siguientes ideas: 1) a una serie de transformaciones que se afirma que el derecho internacional público contemporáneo ha experimentado (erosión del requisito del consentimiento para la asunción de obligaciones por parte de los Estados, habida cuenta del reconocimiento de normas de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*; diferenciación jerárquica entre las normas de derecho internacio-

*iuris*<sup>2</sup>, concebida y minuciosamente ejecutada con vocación manifiesta de resultar omnicomprensiva, no podía faltar una reflexión pormenorizada acerca de la extensión del paradigma del estado de derecho y

nal, de manera que algunas de ellas ocuparían una posición de supremacía respecto al resto, etc.); 2) a transformaciones que se propugna que debería experimentar (en el sentido de extender a las organizaciones supranacionales el tipo de mecanismos institucionales que en el constitucionalismo estatal posibilitan el imperio de la ley, la legitimidad democrática y la garantía de los derechos fundamentales); o 3) a la consideración como *autónomos* de determinados ordenamientos supranacionales –y, consiguientemente, a la consideración de sus tratados fundacionales como «cartas constitucionales»–, con las consecuencias que ello pueda tener respecto al modo de concebir sus relaciones con los ordenamientos estatales. Pero tampoco faltan quienes ponen en duda la fecundidad y el rigor teórico de hablar de «constitucionalización» en el caso de ordenamientos supraestatales, sosteniendo que el sentido originario y genuino de la idea de constitución –como norma suprema y omnicomprensiva que resulta de un acto de autodeterminación de una comunidad política– queda desnaturalizado cuando se proyecta al plano supranacional, en el que pura y simplemente no se darían sus condiciones de posibilidad (dos ejemplos particularmente enérgicos de este tipo de crítica son GRIMM, 2010, y WAHL, 2010; pueden verse buenas síntesis de la discusión al respecto en DIGGELMANN y ALTWICKER, 2008, o en BROWN, 2012).

A su vez, cuando se habla de *internacionalización del derecho constitucional* se tiene en mente sobre todo dos cuestiones. La primera –la de mayor trascendencia y que vendría a ser el correlato de alguno de los sentidos en que se habla de «constitucionalización del derecho internacional»– tendría que ver con la conversión de las constituciones de los Estados involucrados en procesos de integración supranacional en «constituciones compuestas» (CRUZ VILLALÓN, 2004: 9) o «constituciones-red» (BUSTOS GISBERT, 2005: especialmente cap. 5), habida cuenta de que las constituciones estatales habrían dejado de ser «constituciones totales», dando paso a una situación en la que las normas materialmente constitucionales válidas en el territorio de un Estado provendrían de fuentes diversas, internas y externas, en un *continuum* de varios niveles articulados en términos que escaparían a la idea de ordenación jerárquica (aunque, naturalmente, para dar por buenas estas imágenes es preciso concebir las relaciones entre ordenamientos de un modo que no deja de ser polémico y sobre el que volveré con mayor detalle más adelante). Además, en un segundo sentido que aquí interesa menos, a veces se habla también de «internacionalización del derecho constitucional» para hacer referencia a la práctica, cada vez más extendida, consistente en que a la hora de interpretar las normas de derechos fundamentales de su propia constitución los tribunales de un Estado tomen en cuenta, aunque no sean vinculantes para ellos, las soluciones a las que han llegado los tribunales de Estados diferentes o de regímenes supranacionales de los que no forman parte cuando se han enfrentado a problemas similares. Con ello tendría lugar una suerte de comunicación horizontal entre sistemas constitucionales –siempre que se dé entre ellos un alto nivel de convergencia material o valorativa– de la que supuestamente habría de resultar –como se ha dicho alguna vez, creo que con cierta exageración– una «comunidad global de tribunales» y hasta una «jurisprudencia global» (cfr. ACKERMAN, 1997; MCCRUDDEN, 2000; SLAUGHTER, 2003; SLAUGHTER, 2004: cap. 2; o HALMAI, 2012). La oportunidad e incluso legitimidad de esta práctica se ha puesto a veces en tela de juicio, con diversos fundamentos y desde diferentes posiciones ideológicas: *vid.* por ejemplo, ROSENKRANTZ, 2003; la discusión entre los jueces Breyer y Scalia, del Tribunal Supremo de Estados Unidos, en DORSEN (ed.), 2005; GOLDSWORTHY, 2006; o POSNER, 2008: cap. 12. Un intento equilibrado y cuidadosamente elaborado de discernir bajo qué condiciones puede considerarse justificada es el de JACKSON, 2010.

<sup>2</sup> FERRAJOLI [2007] 2011. En lo sucesivo, todas las referencias a *Principia iuris* aparecen como «PI», seguido del número de volumen (en romanos) y el número de página correspondiente a la traducción castellana.

la democracia constitucional al plano supranacional. Y por supuesto no falta: al análisis de esta transformación está dedicado el capítulo decimosexto y último de *Principia iuris*, en el que Ferrajoli propone una reconstrucción teórica de las mutaciones que está sufriendo el estado constitucional de derecho «en la época de la globalización» y aboga decididamente por un modo de construir la esfera pública mundial que se sustancia en lo que denomina «el paradigma de un constitucionalismo y un federalismo global multinivel».

Aunque una mirada superficial pudiera llevar a la conclusión de que, dentro del imponente edificio de *Principia iuris*, un tema como este no pasaría de ser secundario o relativamente accesorio, el propio Ferrajoli ha subrayado enfáticamente que no es así en modo alguno. Por el contrario, ha llegado a calificar la necesidad de esta expansión del constitucionalismo en sentido vertical como «el gran problema que hoy se plantea a la reflexión teórica y al planeamiento jurídico y político»<sup>3</sup>. El diagnóstico sobre el panorama actual de la esfera internacional que lleva a Ferrajoli a defender esa conclusión puede resumirse en pocas palabras. Los procesos de globalización estarían generando una crisis profunda de las estructuras del Estado constitucional de derecho, dado que la toma de muchas de las decisiones más relevantes se escapa de las manos de los Estados y se desplaza hacia actores extraestatales sustraídos al control (ya sean simplemente otros Estados más fuertes, poderes políticos supranacionales de naturaleza formal o informal o poderes puramente privados). Así, a medida que van haciéndose más marginales los procesos de decisión efectivamente sometidos a restricciones constitucionales, van expandiéndose y cobrando mayor importancia los que no lo están. Todo lo cual estaría produciendo una involución hacia una suerte de estado de naturaleza global en el que ya no se trata sólo de que pueda no estar asegurada la tutela de cada persona frente a su propio Estado, sino que tampoco lo estaría la de los Estados más débiles frente a los más fuertes ni, en general, la de la humanidad en su conjunto frente a poderes transnacionales no sujetos a límites y capaces de producir las más serias amenazas a la paz y a los derechos fundamentales<sup>4</sup>.

Y si ese es el diagnóstico, también debería estar claro el remedio. Si hoy el mal es el vacío de derecho público en el plano internacional, o, para ser más exactos, la ineffectividad sistemática y estructural de ese «constitucionalismo global embrionario» que serían las actuales normas internacionales en materia de derechos humanos, lo que haría falta para remediarlo sería la construcción de una auténtica esfera pública mundial que desplegara en el plano supraestatal el conjunto de garantías idóneas para tutelar eficazmente los derechos fundamentales frente a cualquier poder, también contra los Estados o sin ellos<sup>5</sup>. Ahora

---

<sup>3</sup> *PI* vol. II: 475.

<sup>4</sup> Sobre todo ello, *vid. PI* vol. II: 76, 79-82, 515-516, 538-539.

<sup>5</sup> *PI* vol. II: 482-483, 511-512, 515, 531 ss., 538-539.

bien, lo que resulta crucial en el planteamiento de Ferrajoli es la idea de que la construcción de esa esfera pública global –o la «constitucionalización» efectiva del orden internacional– no debe realizarse de ninguna manera mediante la simple proyección, a una escala mayor, de las mismas estructuras en las que ha cristalizado la democracia constitucional en el marco estatal (lo que, en último término, habría de acabar dando lugar a alguna forma de Estado mundial, idea de la que Ferrajoli no puede estar más lejos<sup>6</sup>). Por el contrario, la construcción de la esfera pública mundial tendría que ser la ocasión para un auténtico cambio de paradigma en la evolución hacia la plena realización del ideal constitucionalista<sup>7</sup>, un cambio que de manera incipiente ya habría empezado a producirse pero que aún estaría por completar y que, guiado por la idea rectora de desvincular las nociones de «constitucionalismo» y «Estado» (cuya asociación habría sido una pura contingencia histórica), debería culminar en un «federalismo global multinivel» o «constitucionalismo multinivel más allá del Estado», como forma de «cosmopolitismo jurídico policéntrico y pluralista»<sup>8</sup>.

Lo que ocurre, como intentaré mostrar, es que un planteamiento de este tipo no está en modo alguno exento de dificultades, ni en el plano teórico ni como propuesta normativa. Si esas dificultades fuesen sólo la consecuencia de no haber llegado lo bastante lejos en la aplicación al plano supraestatal de las tesis auténticamente centrales de la obra, la discusión que cabría entablar aquí tendría probablemente poco recorrido. Ferrajoli podría zanjarla admitiendo tal vez que las ideas que nos presenta en el capítulo final de *Principia Iuris* son más bien tentativas o embrionarias y que la forma precisa en la que haya de articularse el constitucionalismo en la esfera pública global –una cuestión sumamente compleja, qué duda cabe– merece elaboraciones suplementarias. Y podría insinuar además, en su descargo, que tampoco era muy razonable esperar que estas cuestiones alcanzaran un cumplido desarrollo en una obra que, cuando llega por fin el momento en el que se dispone a abordarlas –tras haberse ocupado antes de prácticamente todo lo demás–, acumula ya a sus espaldas alrededor de un millar y medio de páginas.

Pero me parece que la dificultad tiene mayor calado y es bastante más seria que todo eso. Los problemas a los que me refiero tienen a mi juicio su raíz última en un defecto de planteamiento que aqueja al núcleo mismo de la concepción del constitucionalismo de Ferrajoli y que, como tal, se deja sentir tanto cuando esa concepción se proyecta al plano supraestatal como cuando se despliega sólo dentro del ámbito estatal o interno. El

---

<sup>6</sup> Cfr. *PI* vol. II: 83 («un improbable y ni siquiera deseable gobierno mundial», escribe Ferrajoli).

<sup>7</sup> El tercero, según Ferrajoli, tras los que representaron en primer lugar el paso del derecho jurisprudencial premoderno al Estado legislativo de derecho y, en segundo lugar, de éste al Estado constitucional de derecho: *vid. PI* vol. II: 31-37, 81, 471-472.

<sup>8</sup> *PI* vol. II: 535, 540.

defecto, eso sí, se agudiza si acaso y resulta aún más pernicioso en la esfera internacional o global. Pero, como digo, se trata de la manifestación de un problema de fondo en el modo de concebir el constitucionalismo que no es en absoluto específico de dicha esfera supraestatal, sino que tiene un alcance verdaderamente general. En lo que sigue, trataré en primer lugar de aclarar cuál es ese problema. A continuación me ocuparé del concepto central del que se sirve Ferrajoli para vertebrar su idea de un «constitucionalismo y federalismo global multinivel», el concepto de «pluralismo» como modo de concebir las relaciones entre ordenamientos, intentando poner de manifiesto ciertas ambigüedades y dificultades en las que a mi modo de ver incurre su análisis. Y finalmente sostendré que lo que hace falta en realidad para articular de un modo satisfactorio la idea de «pluralismo constitucional» –y para dotar de sentido, a partir de ella, a un modo plausible de entender el constitucionalismo en la esfera pública global– es precisamente superar aquel problema general del que adolece a mi juicio la concepción del constitucionalismo de Ferrajoli (para lo cual, me temo, no resultan suficientes algunas vías que él mismo apunta).

## 1. EL CONSTITUCIONALISMO SEGÚN FERRAJOLI: UN PUNTO CIEGO

Son bien conocidos los rasgos centrales que a juicio de Ferrajoli definirían la estructura básica del estado constitucional de derecho y de la moderna democracia constitucional. Lo esencial es que en el paradigma del estado constitucional de derecho se habría operado un cambio decisivo en la relación entre la política y el derecho, sustanciado en la sujeción de la producción del derecho en su totalidad a límites y vínculos establecidos por el derecho mismo. Los derechos fundamentales operarían entonces, precisamente, como límites y vínculos impuestos a cualquier clase de poderes, públicos o privados. Y para cumplir esa función de limitar y vincular a cualquier poder normativo, son establecidos por normas de grado supraordenado a cualquier otra norma del ordenamiento, es decir, por normas constitucionales (rígidas), trazando de ese modo una «esfera de lo indecible»<sup>9</sup>.

Esa imagen tan plástica de una esfera de lo indecible –al igual que otras de similar fuerza expresiva y que han gozado de un parecido éxito, como la de un «coto vedado» en el que los derechos fundamentales se hallarían a resguardo de las decisiones de la mayoría– suele traducirse en la afirmación, no muy matizada, de que en el estado constitucional los derechos fundamentales están sustraídos a cualquier clase de poder de decisión. Y digo que no muy matizada porque, tomada al pie de la letra, resulta en realidad insostenible<sup>10</sup>. Si se va a dejar trazada una esfe-

<sup>9</sup> *PI* vol. I: 774, 775, 803, 813, 843.

<sup>10</sup> Resumen aquí ideas que he desarrollado en BAYÓN, 2004: 87-92.

ra de lo indecible, habrá que aclarar en primer lugar quién y cómo debería trazarla, a quién habría de reconocerse poder de decisión (i.e., autoridad legítima) para determinar qué es lo que en el futuro no se va a permitir decidir a ningún poder normativo. En segundo lugar habrá que precisar si, una vez establecida, se debe admitir la modificación de su trazado, el cambio total o parcial de los contenidos que se hayan incluido en dicha esfera; y, en caso afirmativo, a quién y en qué términos habría de reconocerse poder de decisión para hacerlo. Y en tercer lugar, establecida la esfera de lo indecible, hay que aclarar quién y cómo habría de determinar el alcance exacto de sus confines, a quién y en qué términos habría de reconocerse el poder de concretar con precisión su contenido: porque en las constituciones contemporáneas, y con unas pocas excepciones que aparecen ya en forma de reglas muy específicas, ese contenido está formulado con un considerable nivel de abstracción, inevitable –no ya por la necesidad de propiciar consensos en el momento constituyente, sino por la relativa indeterminación de nuestras propias concepciones sobre el alcance de los derechos– y generador de desacuerdos razonables sobre su interpretación.

Creo que merece la pena recordar brevemente en qué términos contesta Ferrajoli a estas tres cuestiones esenciales. En cuanto a la primera, su respuesta es que el fundamento de la legitimidad de una constitución no reside en «la forma de su producción» sino en «su contenido o su sustancia», de manera que una constitución no será legítima porque exprese la voluntad de la mayoría (de una cierta comunidad política), sino porque, sea cual sea el modo de su adopción, imponga límites y vínculos que operen «como garantía de cada uno y de todos»<sup>11</sup>. En cuanto a la segunda, y tras sugerir que «está en la lógica del constitucionalismo» el que, una vez establecidos constitucionalmente, los derechos fundamentales sean irreformables, concluye, más matizadamente, que debería aceptarse un poder de revisión constitucional para ampliarlos o reforzarlos, pero en ningún caso para reducirlos y menos aún para suprimirlos<sup>12</sup>. Por fin, en cuanto a la tercera, bien podría decirse que la contestación de Ferrajoli pasa en realidad por negar la mayor. A la pregunta de a quién ha de atribuirse el poder de determinación o concreción de los contenidos de la esfera de lo indecible, su respuesta vendría a ser que, una vez establecida ésta por la constitución, lo único que en realidad hace falta encomendar a alguien es su garantía: y que el ejercicio de las funciones de garantía –a diferencia de lo que ocurre con el de las funciones de gobierno– no implica en sentido estricto genuinos poderes de decisión<sup>13</sup> (ergo la pregunta misma de a quién habría de encomendar-

<sup>11</sup> *PI* vol. II: 55 (las cursivas son del original). *Vid.* también *PI* vol. II: 545.

<sup>12</sup> *PI* vol. II: 47; en el mismo sentido, *PI* vol. II: 90.

<sup>13</sup> Para Ferrajoli lo que legitima las funciones de garantía en general y la jurisdicción en particular es el hecho de consistir en una aplicación sustancialmente *correcta* de normas preestablecidas, así que su ejercicio implicaría esencialmente –a diferencia de lo que ocurre con las funciones de gobierno– actos de conocimiento o comproba-

se un poder de decisión al respecto estaría mal planteada y sería fruto de una incompreensión profunda de la estructura básica del estado constitucional de derecho<sup>14</sup>).

Las tres respuestas de Ferrajoli me parecen insatisfactorias. Y lo que es más importante, creo que la raíz de los problemas resulta ser la misma en los tres casos. A la pregunta de a quién debe reconocerse autoridad legítima para trazar la esfera de lo indecidible no se puede contestar sin más que lo relevante no es quién y cómo la traza, sino qué contenido se incluye en ella. Porque son dos preguntas distintas y las dos son pertinentes, así que la respuesta a una de ellas no sirve al mismo tiempo como respuesta a la otra. Por supuesto que puede aprobarse democráticamente una constitución antidemocrática en cuanto a su contenido<sup>15</sup>, así que la pregunta por la legitimidad o justificación de una constitución ciertamente no puede cerrar los ojos a las consideraciones sustantivas. Pero tampoco puede ser ciega a las consideraciones procedimentales. En realidad, la pregunta por la legitimidad se responde tanto con un criterio normativo que especifique cuáles serían –y cuáles no– los con-

---

ción y no de voluntad, de constatación y conservación y no de disposición e innovación (*PI* vol. I: 824-825).

Es verdad que en múltiples lugares Ferrajoli matiza esas afirmaciones, diciendo, por ejemplo, que la distinción entre funciones de gobierno y funciones de garantía tiene confines «ínciertos» (*PI* vol. I: 828) y que existen entre ambas «figuras intermedias» (*PI* vol. II: 200); que la naturaleza de las funciones de garantía es sólo «tendencialmente» cognoscitiva (*PI* vol. II: 33, 75, 133 n. 89, 192, 208); que su carácter cognoscitivo no se realiza nunca plenamente, sino sólo de manera imperfecta y aproximativa (*PI* vol. II: 212); e incluso que la jurisdicción comporta siempre «espacios inevitablemente abiertos a la discrecionalidad interpretativa» que hacen que exista «una específica *esfera de lo decidible*» dentro de la propia esfera de lo indecidible (*PI* vol. II: 73; la cursiva es del original), de manera que el ejercicio del poder judicial consistiría «siempre en una actividad decisional además de cognoscitiva» (*PI* vol. II: 74).

Lo llamativo –como destaca, por ejemplo, Chiara Tripodina: *vid. TRIPODINA*, 2010: 9-10– es que Ferrajoli no parece creer que todas esas concesiones le fueren a replantear o matizar de algún modo unas conclusiones en materia de diseño institucional (recíproca independencia entre poderes basados en fuentes de legitimación distintas, traducida en su estricta separación orgánica y funcional) que se diría que sólo se pueden mantener si se postula una distinción cualitativa nítida entre funciones e instituciones de gobierno y de garantía: cfr. *PI* vol. I: 824-825; *PI* vol. II: 196, 207-208.

<sup>14</sup> Que es en sustancia, me parece, lo que viene a responder Ferrajoli –en *PI* vol. II: 133 n. 89– a las críticas que le habían formulado Pablo de Lora y Andrea Greppi preguntándole por qué los desacuerdos razonables acerca del significado y alcance de las normas constitucionales deben ser resueltos con carácter final precisamente por jueces constitucionales y no de alguna otra manera. La respuesta –dice Ferrajoli– es muy simple: porque no se trata de ejercer un genuino poder de decisión, esto es, de tomar opciones en un espacio de discrecionalidad como el que corresponde a la política (en cuyo caso sería cierto que se necesitaría un tipo de legitimación como la que presta la representación democrática), sino que se trata meramente de llevar a cabo una aplicación sustancialmente correcta de normas preestablecidas, esto es, de operar –desarrollando la función de preservarlo o garantizarlo– en el espacio estrictamente vinculado que «toda la tradición teórica y práctica del estado de derecho» reconoce como «el espacio propio de la jurisdicción» (*ibid.*).

<sup>15</sup> Como apunta con razón Ferrajoli: *PI* vol. I: 812.

tenidos de las decisiones colectivas de la comunidad que habría que considerar justificados (qué se debe decidir), como –habida cuenta del desacuerdo reinante acerca de esta primera cuestión– con un criterio normativo relativo a cuál sería el procedimiento justificado para producir decisiones colectivas (quién y cómo debe hacerlo). Es cierto que «auctoritas, non veritas facit legem», la máxima hobbesiana que Ferrajoli tantas veces recuerda<sup>16</sup>. Y también lo es que la teoría del derecho puede contentarse, al menos en situaciones ordinarias, con decir que quién tiene o no auctoritas es una pura y simple cuestión de hecho (de eficacia de un acto constituyente, si se quiere decir de un modo más preciso)<sup>17</sup>. Pero todo eso no resta un ápice de su pertinencia a una pregunta distinta: a quién se debe reconocer –con carácter final o último– auctoritas para «hacer el derecho»<sup>18</sup>, que es la pregunta de la filosofía política, pero también, como se verá después, la que inevitablemente tiene que hacerse el aplicador del derecho que se encuentra ante una pluralidad de pretensiones de autoridad última en conflicto.

No creo que haga falta extenderse mucho para mostrar que algo parecido ocurre con la forma en la que Ferrajoli responde a la cuestión de a quién y de qué modo habría de reconocerse poder de decisión para reformar los contenidos incluidos en la esfera de lo indecible: decir que la decisión originaria al respecto debe poder modificarse para ampliar los derechos pero no para restringirlos, en circunstancias en las que precisamente no hay un perfecto acuerdo acerca de qué cuenta exactamente como ampliación y qué como restricción, deja en pie sin remedio la pregunta de a quién debería reconocerse a fin de cuentas poder de decisión para determinar tal cosa autoritativamente. De nuevo, a la pregunta por el quién y el cómo no se puede responder sin más –como me temo que hace Ferrajoli– con el qué.

El derecho, como ha explicado de manera sumamente esclarecedora Bruno Celano, es precisamente una institución que tiende a transformar todas las cuestiones sustantivas en cuestiones procedimentales: «todo problema del tipo “¿Qué exige la justicia en la situación S?”», apunta Celano, quedaría transformado por el derecho «en un problema del tipo “¿Quién es competente para decidir, y en ejecución de qué procedi-

<sup>16</sup> Vid. *PI* vol. I: 15, 111, 463, 468, 828.

<sup>17</sup> *PI* vol. II: 470

<sup>18</sup> Nótese bien que Ferrajoli plantea con claridad y responde inequívocamente a la pregunta de a quién ha de atribuirse autoridad legítima para «hacer la ley», esto es, para tomar decisiones de rango infraconstitucional dentro de la «esfera de lo decidible» (tal y como haya quedado delimitada por la constitución): la fuente de legitimación de la actividad legislativa y de gobierno –nos dice Ferrajoli– es «la voluntad popular, tal y como se expresa mediante la elección política de los representantes y el principio de la mayoría» (*PI* vol. I: 828; vid. también, por ejemplo, *PI* vol. I: 824, 830; *PI* vol. II: 29, 207-208). A lo que me refiero en el texto, por consiguiente, es a su manera de afrontar la cuestión claramente distinta de a quién ha de reconocerse autoridad legítima para dejar trazadas las esferas de lo decidible y lo indecible (autoridad, por tanto, *final* o *última*).

mientos, qué cosa es debida a cada uno en S?»<sup>19</sup>. Y aunque a primera vista alguien pudiera pensar lo contrario, esa tendencia a transformar toda cuestión sustantiva en una cuestión procedimental vale también para el estado constitucional de derecho. Podemos aceptar –como sostiene Ferrajoli– que es un rasgo definitorio del mismo que sea el propio derecho el que sujeta la producción del derecho en su totalidad a límites y vínculos no sólo relativos a la forma de las decisiones (al quién y al cómo), sino también a su sustancia o contenido. Pero es que cuando se establece alguna clase de límite o vínculo sustantivo hay que atribuir a alguien, indefectiblemente, el poder de tomar una decisión autoritativa acerca de cuándo ha sido transgredido<sup>20</sup>. Y sin duda es cierto que «veritas, non auctoritas facit iudicium»<sup>21</sup>, si lo que se quiere decir con ello es que cualquier decisión que se tome al respecto podrá reputarse materialmente correcta sólo cuando su contenido verdaderamente se ajuste a derecho. Pero es en cambio la auctoritas, y no la veritas, la que determinará finalmente qué iudicium –esto es, el iudicium de quién y adoptado de qué modo– ha de contar como válido. No es ninguna novedad recordar el dato elemental de que cuando hablamos de decisiones jurisdiccionales su posible carácter final no implica de ninguna manera infalibilidad: una sentencia definitiva o firme puede perfectamente ser errónea (e incluso haber anulado otra de un órgano inferior que era correcta). Así que ni cabe decir que una decisión constituye una sentencia válida sólo porque sea materialmente correcta –con independencia de quién y cómo la haya adoptado–, ni sólo porque se considere materialmente incorrecta habrá de ser necesariamente reputada inválida. Y por tanto, en definitiva, a la pregunta de quién y cómo debe decidir qué cuenta o no como transgresión del contenido de la esfera de lo indecible no se puede responder sin más que dicha determinación no es sino un acto de conocimiento o «constatación» y que, como tal, no incluye en sentido estricto un verdadero poder de decisión. Cuando puede haber desacuerdos razonables acerca de qué constituye una transgresión de los límites y vínculos que la constitución establece (y por tanto divergencias de opinión acerca de cuál es la veritas), la decisión última al respecto ha de ser puesta inexorablemente en las manos de alguien: y la pregunta de a quién debe conferirse esa auctoritas no queda respondida apuntando tan sólo que, una vez que la pongamos en manos de quien sea, el contenido de su decisión –siempre falible– deberá guiarse exclusivamente por la veritas<sup>22</sup>. Una vez más, se está pretendiendo dar respuesta con el qué (se

<sup>19</sup> CELANO, 2001: 408.

<sup>20</sup> Como nos recuerda Celano, «en el ámbito jurídico, al interrogante “¿X es o no un caso de R?” se añade constantemente el interrogante ulterior: “¿Quién y según qué modalidades es competente para juzgar si X es o no un caso de R?”» (CELANO, 2001: 412).

<sup>21</sup> Vid. *PI* vol. I: 828; *PI* vol. II: 33.

<sup>22</sup> Interesa subrayar que el problema no deriva de poner en duda que haya una *veritas* respecto a qué es lo que dispone el derecho para un caso. Incluso si la hubiese siempre (lo que, por cierto, me parece dudoso), el problema deriva de la falta de acuerdo perfecto acerca de cuál sería dicha *veritas*. En suma, no es la presuposición de la ausencia sistemá-

debe decidir) a la pregunta por el quién y el cómo (debe hacerlo): con el resultado de que una de las preguntas usurpa el lugar que corresponde en realidad a la otra, de manera que ésta queda, por así decirlo, hurtada a nuestro campo de visión. En ese sentido bien podría decirse que la perspectiva desde la que Ferrajoli nos propone mirar el constitucionalismo tiene un punto ciego: no en el sentido de que siendo capaz de mostrarnos la pertinencia e importancia de una pregunta la deje al final sin respuesta clara, sino en el sentido –que puede ser más perturbador– de que no permite ver lo pertinente e importante que es la pregunta misma. En suma, en la concepción del constitucionalismo de Ferrajoli hay a mi juicio un punto ciego porque tiende a dejar fuera de nuestra vista, en la sombra, las preguntas procedimentales esenciales de a quién y en qué términos se debe reconocer autoridad para trazar la esfera de lo indecible, para modificarla y para determinar y concretar el alcance exacto de su contenido.

Traer esas preguntas a primer plano implica mirar el constitucionalismo desde un punto de vista parcialmente distinto del de Ferrajoli. Mirarlo de una manera en la que, para empezar, ocuparía un lugar central la idea de desacuerdos razonables acerca de nuestros derechos, que llamativamente parece no tener cabida en su construcción. Claro que el constitucionalismo establece límites y vínculos al poder, no hace falta recordarlo. Pero la cuestión –al menos si nos estamos refiriendo a democracias constitucionales mínimamente asentadas– es más bien de qué forma hemos de entender que lo hace. A mi modo de ver, lo hace creando una cultura muy exigente de deliberación pública, instaurando una práctica muy compleja de pedir y dar razones para todos los actos del poder: un pedir y dar razones en el que lo que se fija constitucionalmente no es tanto –salvo en unos pocos extremos– qué es lo que, de manera perfectamente precisa y concreta, no cabrá decidir, sino más bien dentro de qué parámetros debe quedar canalizada la discusión acerca de qué es admisible o no que se decida y, por consiguiente, en qué términos de razón pública debe estar construida la justificación que de todo acto de autoridad cabe reclamar y ha de poder darse<sup>23</sup>. E implica también mirar el constitucionalismo asumiendo, en segundo lugar, que las respuestas a las preguntas por el quién y el cómo debe decidirlo habrá que construir las articulando una teoría compleja de la legitimidad, esto es, una que conjugue una pluralidad de valores: la especial dignidad moral de las decisiones que se toman a través del autogobierno colectivo de la comunidad, el mayor o menor valor instrumental de cada procedimiento de decisión posible (esto es, su mayor o menor tendencia a producir el tipo de decisiones

---

tica de *veritas* (que implicaría una implausible visión del derecho como radicalmente indeterminado), sino la evidencia de la falta de acuerdo sobre cuál, caso de haberla, es la *veritas*, lo que nos obliga a conferir *auctoritas* al juicio al respecto de alguien (por más que, como el de cualquier otro, nos conste que es falible).

<sup>23</sup> Vid. KUMM, 2010a.

que estimamos sustantivamente correctas) y el enriquecimiento de la deliberación pública (de manera que resulte más inclusiva y de mayor calidad y profundidad).

Si creemos que para dar respuesta a aquellas preguntas procedimentales ineludibles y esenciales –a quién y en qué términos se debe reconocer autoridad para trazar la esfera de lo indecible, para modificarla y para determinar y concretar el alcance exacto de su contenido– hay que construir una teoría normativa compleja que integre todos esos ingredientes valorativos, ello nos lleva de inmediato al debate acerca de qué clase de diseño institucional conseguiría un ajuste óptimo entre los mismos. Y se abren entonces ámbitos de discusión perfectamente familiares y vivos en la teoría constitucional contemporánea de los que, sin embargo, no hay rastro en la construcción de Ferrajoli porque sencillamente no encajan en ella. Pensemos, para empezar, en la discusión misma acerca de si en democracias constitucionales como las nuestras se justifica un tipo de «constitucionalismo fuerte» como el que tenemos o si, más bien, deberíamos tener alguna clase de «constitucionalismo débil»<sup>24</sup>, una discusión que desde el punto de vista de Ferrajoli parece que ni siquiera puede llegar a plantearse, ya que para él, se diría que por razones puramente conceptuales, el constitucionalismo o es del primer tipo o no es verdaderamente tal. O en el debate acerca del modo en el que han de ser seleccionados los jueces constitucionales y el papel que en su caso habrían de tener en ello los órganos representativos, que, de nuevo, para Ferrajoli parece que se resuelve poco menos que automáticamente con sólo traer a colación la distinción entre funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía y el principio de separación orgánica entre una esfera y otra<sup>25</sup>. O, si pasamos ahora del diseño de las instituciones a las directrices generales en materia de interpretación

---

<sup>24</sup> Sin entrar ahora en pormenores que aquí estarían de más, entiendo por «constitucionalismo fuerte» cualquier clase de diseño institucional que combina el control jurisdiccional de constitucionalidad con alguna forma de rigidez contramayoritaria de la constitución y con supremacía judicial (en el sentido de que, salvo que se activen gravosos mecanismos de reforma de la constitución, los jueces tienen frente al legislador la última palabra en materia constitucional); y por «constitucionalismo débil» cualquier clase de diseño institucional en el que, existiendo el primero de aquellos tres elementos, falta o bien el segundo (porque la reforma de la constitución requiere procedimientos más complejos y exigentes que los de la legislación ordinaria, pero no supermayorías) o bien el tercero (ya sea porque la declaración de inconstitucionalidad de la ley no la invalida ni permite inaplicarla, ya porque el legislador ordinario dispone de un procedimiento de respuesta a dicha declaración –que puede tener que ser renovado cada cierto tiempo– que, no obstante la declaración de inconstitucionalidad recaída, obliga a seguir aplicando la ley en cuestión).

<sup>25</sup> Salvo que me haya pasado por alto, no hay ningún lugar en *Principia iuris* en el que Ferrajoli diga expresamente quién y de qué forma debería seleccionar a los integrantes de un tribunal constitucional. Pero a la luz de lo que sostiene en general sobre la separación orgánica entre funciones e instituciones de gobierno y de garantía (*vid.*, por ejemplo, *PI* vol. I: 820-822; *PI* vol. II: 196, 201-202), parece que en su opinión el parlamento no debería intervenir de ningún modo ni en su elección ni en la de

que debería seguir aquél al que encomendemos el proceso de determinación y concreción del contenido de la esfera de lo indecible, pensemos también en la discusión acerca de si los jueces constitucionales deben o no guiarse en sus decisiones por un principio de autocontención o deferencia hacia el legislador y, en caso afirmativo, exactamente en qué términos habrían de hacerlo. Una teoría de la deferencia presupone, por supuesto, un trasfondo valorativo, un trasfondo de razones –o, si se quiere, consideraciones de legitimidad institucional– por las que se supone que en ciertos ámbitos o cuando concurren determinados factores una autoridad debería dar por buena la decisión que haya tomado otra, aun teniendo formalmente la capacidad de no hacerlo y por más que pueda dudar de la corrección de dicha decisión o incluso discrepar abiertamente de ella. Una teoría de la deferencia, en suma, tiene que ver con la existencia de posibles razones de legitimidad institucional por las que alguien debería dejar en suspenso su propio punto de vista frente al de otro. Y si ese trasfondo de razones está compuesto por ingredientes de diversos tipos, las distintas formas en que estos se articulen o conjuguen deberían dar lugar a otras tantas teorías complejas o refinadas de la deferencia, esto es, a diferentes propuestas normativas que detallen en qué circunstancias precisas debe entrar en juego, con qué fuerza –mayor en un tipo de casos, menor en otros– y también, por supuesto, cuándo esa autocontención no procede en absoluto<sup>26</sup>. Pero, una vez más, una discusión de este tipo queda fuera del horizonte de Ferrajoli. El lenguaje de la deferencia sencillamente chirría si intentamos introducirlo en su concepción de las funciones y órganos de garantía. Y chirría por una razón muy simple: no hay forma de hacer visibles las posibles razones para la deferencia cuando ya para empezar se han perdido de vista las preguntas básicas por el quién y el cómo debe decidir.

Pero lo que más me interesa resaltar aquí es cómo se agrava el problema cuando pasamos del ámbito interno o estatal a la esfera pública global. Porque tengo la impresión de que, con ese punto ciego al que estoy refiriéndome, una perspectiva como la de Ferrajoli nos priva precisamente de aquello que más falta nos haría cuando nos enfrentamos al tipo de dificultades que son características del constitucionalismo proyectado más allá del Estado. Hoy en día, cuáles son nuestros derechos fundamentales no es algo que se decida en exclusiva en el ámbito estatal. Lo que un legislador como el italiano o el español «no

---

aquellos llamados a elegirlos. Creo que una buena pregunta para Ferrajoli sería la de qué método concreto de selección le parecería entonces preferible.

<sup>26</sup> Estoy pensando en un tipo de teoría de la deferencia hacia el legislador por parte de los jueces constitucionales como la que propone, por ejemplo, Víctor Ferreres (*vid.* FERRERES COMELLA, 1997: caps. 4, 5 y 6), en la que, de manera sumamente elaborada y cuidadosa, se detalla qué justificaría la presunción de constitucionalidad de la ley, qué consideraciones deberían tomarse en cuenta para graduar su fuerza y también bajo qué circunstancias se debería llegar a invertir el sentido de dicha presunción.

puede decidir o dejar de decidir», el contenido de lo que constituye la «esfera de lo indecidible» para él, no viene determinado solamente por la respectiva constitución nacional (y por la interpretación que haga de ella el tribunal constitucional correspondiente), sino que está definido también, como es notorio, por una pluralidad de regímenes supranacionales de reconocimiento y protección de los derechos, dotados con frecuencia de órganos jurisdiccionales propios que interpretan autónomamente los correspondientes textos normativos de referencia (y que por lo tanto precisan y concretan de modos potencialmente diversos el contenido y alcance de los derechos que se reconocen en ellos, incluso aunque su formulación en las constituciones nacionales y en distintos textos supranacionales pueda ser muy similar). Y lo que sucede es que esa concurrencia en la configuración de la esfera de lo indecidible está llamada inevitablemente a producir fricciones. Por una parte, el establecimiento de sistemas supranacionales de protección de los derechos se basa naturalmente en la idea de que estos deben ser asegurados o tutelados no sólo por los Estados sino también, si hace falta, frente a ellos, así que desde esos sistemas supranacionales se esgrime una pretensión de primacía sobre el derecho interno de los Estados. Por otra parte, sin embargo, esa pretensión no es tan fácil de asumir sin reserva alguna desde el punto de vista de estos. Podría serlo si desde el punto de vista estatal todas las obligaciones dimanantes de esos regímenes supranacionales pudieran ser vistas en último término como obligaciones autoimpuestas: después de todo, para cada Estado dichos sistemas supranacionales son el producto de tratados internacionales que él ha suscrito de la única forma en que jurídicamente puede hacerlo, esto es, con arreglo a su propia constitución. Pero si esos tratados han instituido órganos con competencia para crear normas directamente aplicables en cada Estado –y no sujetas en cuanto a su adopción al posible veto de cada uno de ellos– o, sobre todo, han instituido órganos jurisdiccionales que interpretan autoritativamente el contenido y alcance precisos de las obligaciones asumidas en los tratados, entonces un Estado puede encontrarse con que desde los regímenes supranacionales en cuestión se le demanda el cumplimiento de obligaciones a las que no sólo no ha consentido, sino a las que con arreglo a su propia constitución no podría consentir (o para ser más exacto: a las que no podría consentir con arreglo a la interpretación de su constitución que pueda haber hecho quien ésta determine que es su intérprete supremo). La coexistencia de niveles nacionales y supranacionales de protección de los derechos fundamentales se puede intentar armonizar recurriendo a una pluralidad de técnicas<sup>27</sup>, pero la posibilidad de que surjan fricciones entre ellos, que se materializará con mayor o menor frecuencia, nunca desaparece por completo.

---

<sup>27</sup> Un elenco muy completo de las técnicas posibles puede verse en NEUMAN, 2003.

El problema fundamental del constitucionalismo en la esfera global es precisamente este: el de las relaciones entre ordenamientos que se superponen o concurren sin que haya una regla suficientemente clara acerca del modo en que habría de desenvolverse la interacción entre ellos y que además sea aceptada exactamente en los mismos términos desde todos los puntos de vista concurrentes. Y lo que sucede es que justamente en una situación así resulta más crucial que nunca preguntarnos a quién se debe reconocer autoridad para trazar la esfera de lo indecible y, muy especialmente, para determinar y concretar el alcance exacto de su contenido. Voy a sostener que eso es inevitablemente lo que en último término tendrá que preguntarse el juez que opera en alguno de los planos de lo que hoy se suele llamar un «sistema de tutela multinivel de los derechos» cada vez que surja la fricción entre diferentes niveles<sup>28</sup>, porque lo que va a tener ante sí en esos casos, en sustancia, es una pluralidad de pretensiones de autoridad última en conflicto. Y en circunstancias como esas creo que no sirve de mucho decir –como nos dice Ferrajoli– que la legitimidad de las instituciones de garantía depende exclusivamente de que su actuación no consista en otra cosa que en la aplicación del derecho<sup>29</sup>, porque aquí la pregunta de fondo que se está planteando, precisamente, es qué derecho se ha de aplicar con preferencia entre los distintos ordenamientos concurrentes. Así que para enjuiciar la legitimidad de la decisión de dar prioridad a uno o a otro inexorablemente hace falta algo más. Lo que nos hace falta es una teoría normativa acerca de cómo debería estar distribuida en el espacio público global la autoridad para decidir qué derechos tenemos –de nuevo, el quién y el cómo debe decidir–, no sólo en cuanto a su formulación, claro está, sino muy especialmente en cuanto a la determinación por vía interpretativa de su contenido y alcance precisos<sup>30</sup>. Una teoría que habría de ser lo bastante rica como para aclarar en qué casos y en qué términos se debería mostrar deferencia desde un nivel hacia lo decidido por otro –ya sea desde el supranacional hacia el estatal o a la inversa; o desde un sistema supranacional hacia otro– y en qué casos no. La articulación de una teoría semejante desde luego dista de ser sencilla. Pero en cualquier caso, insisto, es exactamente lo que nos hace falta. Y también, me temo, justamente lo que un enfoque como el de Ferrajoli deja fuera de nuestra consideración.

---

<sup>28</sup> Esas fricciones pueden tener distintos tipos de protagonistas y pueden ser también no sólo bilaterales sino multilaterales: esto es, pueden surgir no sólo entre un ordenamiento supranacional y un ordenamiento estatal, sino también a tres (o más) bandas, como sucede cuando desde un ordenamiento supranacional se controlan actos estatales de ejecución de normas de otro ordenamiento supranacional distinto. Más adelante, al hilo de la exposición, iré haciendo referencia a algunos casos emblemáticos de esas diferentes clases de conflicto.

<sup>29</sup> *PI* vol. II: 202, 208.

<sup>30</sup> Insisten en la necesidad de articular con detalle una teoría normativa de ese tipo HESSLER, 2005; BUCHANAN Y POWELL, 2008; o VON STADEN, 2012.

Pero para fundamentar y articular adecuadamente la idea que acabo de sugerir habría que empezar por despejar algunos obstáculos conceptuales. Porque hay quien considera que reclamar criterios precisos acerca de la distribución de la autoridad para decidir sobre los derechos en la esfera pública mundial (esto es, criterios clara y uniformemente definidos acerca de quién habría de tener en cada caso «la última palabra» al respecto) supone o no haber entendido cómo se relacionan hoy ordenamientos de distintos niveles dentro de la esfera pública global, o propugnar un modelo indefendible –nostálgico del viejo paradigma estatalista westphaliano, obsesionado por la unidad e incapaz de concebir otras relaciones entre ordenamientos que las jerárquicas– acerca del modo en que deberían relacionarse. Hoy en día prolifera una literatura en torno a la idea de «pluralismo constitucional» –entendida por cierto de maneras bastante diferentes, a veces confusas y cuyas pretensiones no siempre queda claro si son puramente descriptivas o también normativas– que, a través de un lenguaje metafórico característico (el «paso de la pirámide a la red», la armonización de los ordenamientos a través del «diálogo entre tribunales»...), vendría en efecto a poner en tela de juicio la idea aquí adelantada de que no podemos eludir la pregunta por la distribución de la autoridad legítima para decidir sobre los derechos en la esfera pública mundial. Y la idea de pluralismo, como ya dije, resulta ser el eje sobre el que Ferrajoli vertebra su posición acerca de la extensión del constitucionalismo al plano supranacional<sup>31</sup>. Pero, como intentaré mostrar, hay al

---

<sup>31</sup> Aunque me parece, como se irá viendo, que no con toda la claridad que hubiera sido deseable. En ocasiones parece que Ferrajoli utiliza el vocabulario pluralista con pretensiones puramente descriptivas, es decir, simplemente para reflejar cómo está estructurada hoy en día la esfera pública mundial (o alguna parte especialmente importante de la misma, como la que compondrían el derecho de la Unión Europea y los derechos nacionales de los Estados miembros de la misma), como cuando nos dice que se trata de una estructura «no piramidal, sino “puntiforme y reticular”» (*PI* vol II: 474) y que «el ordenamiento internacional puede concebirse como un ordenamiento pluralista, compuesto de varios ordenamientos conectados entre sí por diversos grados de integración» (*PI* vol II: 475); o incluso cuando afirma que la estructura de la esfera pública global está formada en la actualidad «por una miríada de instituciones [...], en gran parte desconectadas y desarrolladas por acumulación, sin un claro diseño constitucional» y que «guardan entre sí una relación de codistribución, subsidiariedad o separación de las competencias» (*PI* vol II: 533).

Pero a veces la descripción de ese estado de cosas parece ir ya claramente acompañada de una valoración negativa, como sucede cuando califica esa estructura reticular como «intrincada y confusa», «un complicado laberinto formado por sucesivas acumulaciones y estratificaciones en el que sólo saben orientarse [...] las grandes empresas que disponen de aguerridos equipos de abogados» (*PI* vol II: 538); o cuando afirma que el hecho de que hoy «convivan y se superpongan confusamente varias instituciones originarias» sería propio de una «fase de transición» (*PI* vol I: 848-849), dando a entender por tanto que no se trata en absoluto de una situación ideal y que sería deseable superarla. De hecho, llega a afirmar sin ambages que «[e]l pluralismo de los ordenamientos» –esto es, «su concurrencia, la confusión y la anarquía de las fuentes que caracterizan el actual orden de relaciones entre Estados, instituciones supranacionales e instituciones internacionales»– supone «una regresión del derecho

menos tres maneras sustancialmente distintas de entender el concepto de «pluralismo» en tanto que forma de relación entre ordenamientos. Entre ellas, creo que una es confusa como reconstrucción conceptual, inexacta como descripción de los fenómenos de los que intenta dar cuenta y carente de todo atractivo como propuesta normativa. Las otras dos son en cambio bastante más interesantes desde el punto de vista conceptual y descriptivo y cada una de ellas, además, puede defenderse y ha sido defendida en el plano normativo. Pero una de las dos me parece sencillamente incompatible con el núcleo mismo del ideal constitucionalista e inasumible por tanto para Ferrajoli. Y la otra presupone y no puede articularse sin aquello sobre lo que, precisamente, la construcción de Ferrajoli guarda silencio: una teoría normativa acerca de cómo debería estar distribuida entre los distintos niveles del espacio público global la autoridad para decidir sobre el contenido y alcance de nuestros derechos. Creo que merece la pena explorar estas distintas formas de entender la idea de «pluralismo» con algún detenimiento.

## 2. LOS EQUÍVOCOS DEL PLURALISMO

Desde hace más de un siglo la relación entre el derecho interno de los Estados y el derecho internacional se discute a partir de la contraposición entre «monismo» y «dualismo», en unos términos, por cierto, que suelen resultar confusos porque con frecuencia mezclan dos cuestiones completamente diferentes<sup>32</sup>; por un lado, qué es lo que determina la unidad de un sistema jurídico y cuáles son los criterios que permiten individualizar sistemas jurídicos e identificarlos como distintos e independientes unos de otros, que es un problema de teoría

---

a sus formas premodernas» (*PI* vol II: 538); o que «el pluralismo de ordenamientos no integrados unos en otros por relaciones de grado claramente determinadas» —lo que supone que las relaciones entre los mismos «estén completamente desreguladas»— no sólo «no constituye un *modelo* [...] sino más bien [...] un *problema* teórico y político, cuya falta de solución representa una constante amenaza al papel del derecho y de la razón jurídica» (*PI* vol. I: 436; las cursivas son del original).

Por todo ello no deja de sorprender —y desde luego no se entiende bien, a no ser que inadvertidamente se nos esté hablando de «pluralismo» en varios sentidos diferentes— que al mismo tiempo Ferrajoli propugne como ideal para la construcción de la esfera pública global «el reconocimiento del pluralismo de los ordenamientos» (*PI* vol II: 540) y califique como «única alternativa racional» a la situación actual su «transformación gradual [...] en un modelo federal» (*PI* vol II: 536). Es importante destacar que lo que Ferrajoli entiende por tal no es un Estado federal, sino una federación concebida como «red de relaciones entre ordenamientos federados» que se caracterizaría precisamente por la «ausencia de poderes supremos» (*PI* vol II: 543), dado que en su concepto de «federación» tanto las instituciones federales como las instituciones federadas serían igualmente «originarias» (*PI* vol. I: 887); y eso implica, según sus propias definiciones, que sus respectivos ordenamientos no estarían «integrados unos en otros por relaciones de grado [de supraordenación y subordinación] claramente determinadas». De manera que, aparentemente, lo que se defiende como ideal no es fácilmente distinguible de lo que se ha considerado como un problema que habría que superar.

<sup>32</sup> Lo apunta con claridad GUASTINI, 2006: 193.

general del derecho; por otro, si las normas internacionales son o no directamente aplicables por los jueces nacionales sin alguna clase de acto normativo interno de recepción y cuál es su posición en la jerarquía interna de fuentes, que es algo que dependerá de lo que determine al respecto el derecho positivo (y sobre lo que, por cierto, la correspondiente constitución nacional puede disponer un régimen distinto del que eventualmente pueda disponer sobre esa misma cuestión el derecho internacional).

Pero hoy en día, y especialmente cuando se trata de caracterizar las relaciones entre un ordenamiento supranacional como el de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, mucho más que sobre el par monismo/dualismo la discusión gira en torno al concepto de «pluralismo constitucional». La idea fue introducida en el debate contemporáneo por Neil MacCormick a raíz de la célebre –y discutida– «sentencia Maastricht» del Tribunal Constitucional Federal alemán, con la pretensión de que permitía reconstruir conceptualmente los términos en los que se desenvolvía la integración europea tras una decisión como aquella<sup>33</sup>. Y aunque limitada en origen al ámbito europeo, no mucho después se entendió que cabía extender su alcance y generalizarla como idea apta para caracterizar las transformaciones actuales del constitucionalismo y del derecho supranacional o internacional en un mundo «post-soberano» o «post-westphaliano»<sup>34</sup>.

Aunque ya desde su puesta en circulación se asociaron diversos significados al término<sup>35</sup>, el modo más habitual de entenderlo es el que consiste en sostener que hay una situación de «pluralismo constitucional» cuando coexisten un conjunto de ordenamientos que por una parte son independientes o autónomos, en el sentido de que la constitución de cada uno de ellos no deriva su validez de la de alguno de los demás y por tanto no hay entre los mismos relaciones de supraordenación y subordinación, pero que al mismo tiempo son en algún sentido (no siempre especificado con la precisión deseable) interdependientes, de manera que de un modo u otro «interactúan» o «están interconectados» o «integrados», queriéndose decir con ello que, sin haber una instancia final o suprema de solución de controversias para todo el conjunto, sino tantas como ordenamientos, desde cada uno de ellos se reconoce de algún

---

<sup>33</sup> Vid. MACCORMICK 1993, 1995 y 1999 (especialmente, cap. 7). Esta idea de «pluralismo constitucional» tiene poco que ver con las discusiones tradicionales sobre el «pluralismo jurídico», que versaban en realidad sobre la cuestión de qué sistemas normativos eficaces merecían ser considerados como «derecho» (esto es, lo que discutían era el concepto de derecho). La idea contemporánea de «pluralismo constitucional», en cambio, tiene que ver con un problema distinto: qué clase de relación existe entre ordenamientos estatales y ordenamientos supranacionales.

<sup>34</sup> Cfr. WALKER, 2002.

<sup>35</sup> Para empezar, por parte del propio MacCormick, como señala KRISCH, 2011: 388. El contraste entre los distintos modos en los que se entiende hoy la idea de pluralismo constitucional queda muy bien ilustrado en AVBELJ y KOMÁREK (eds.), 2008.

modo en su propia esfera la pretensión de autoridad de los demás (existiendo por tanto entre los mismos –se dice– una relación no jerárquica, sino «heterárquica» o de complementariedad)<sup>36</sup>.

Pero si se formula en términos como estos<sup>37</sup>, no está claro –habida cuenta, además, de la dosis de imprecisión que arrastra– que se trate de una idea coherente. Ni, en la medida en que lo sea, está tampoco claro que resulte descriptivamente adecuada. Y menos aún que desde el punto de vista normativo pueda considerarse un ideal deseable o justificable. Concentrémonos en el ámbito en relación al cual se originó la idea de pluralismo constitucional, el de las relaciones entre el derecho de la Unión Europea y los derechos nacionales de los Estados miembros. Aquí hay, desde el punto de vista de la teoría del derecho, dos preguntas clave y estrechamente relacionadas entre sí: la primera, no tanto qué tipo de relación media entre esos ordenamientos, sino más bien qué es lo que determina cuál sea esa relación; la segunda, si los ordenamientos que coexisten son derivados u originarios.

En cuanto a la primera, los términos en que un ordenamiento que se considera autónomo (en el sentido de que reclama para sí la última palabra en cuanto a la «competencia-para-decidir-quién-tiene-competencia») haya de relacionarse con otros ordenamientos son, cuando la cuestión se considera desde el punto de vista interno de aquel ordenamiento, los que él mismo haya establecido. Esto es, cada ordenamiento que se pretende autónomo sienta reglas de colisión que establecen en qué condiciones han de ser aplicadas por sus órganos las normas de ordenamientos distintos; y desde su punto de vista es irrelevante que éstos puedan establecer para esos mismos supuestos de conflicto una regla de colisión diferente. Por cierto, cabe la posibilidad de que un ordenamiento que se pretende autónomo establezca como regla de colisión el que las normas de otro ordenamiento prevalezcan en caso de conflicto sobre las propias, incluso sobre su propia constitución<sup>38</sup>. Eso no le privaría de su consideración como ordenamiento originario, no le convertiría sin más en un ordenamiento derivado (y subordinado como tal al ordenamiento al que se reconoce primacía) en tanto en cuanto se siga aceptando que la primacía de las normas del otro ordenamiento se establece desde el ordenamiento propio y desde éste podría retirarse. Porque lo decisivo, insisto, es que adoptar el punto de vista interno en relación con un ordenamiento implica aceptar que la

---

<sup>36</sup> *Vid.*, por ejemplo, TORRES PÉREZ, 2009: 69; o GARCÍA ROCA, 2012: 192. Esta forma de entender el concepto de pluralismo constitucional se ajusta en lo esencial a la definición del mismo que puede encontrarse en MACCORMICK, 1999: 104.

<sup>37</sup> No muy distintos, me parece, de los que suscribe Ferrajoli. Cfr. *PI* vol. II: 473, donde las razones para preferir el «pluralismo de los ordenamientos» a los tradicionales enfoques monista o dualista tienen que ver, a juicio de Ferrajoli, con la concurrencia de dos factores: por un lado, que los ordenamientos que coexisten son «no derivados sino originarios»; por otro, que entre ellos median «diversos tipos de relaciones [que] dan lugar a grados diversos de integración».

<sup>38</sup> *Vid.* ALÁEZ CORRAL, 2012: 370.

regla de colisión relevante es en todo caso la que establezca éste, cualquiera que resulte ser su contenido.

Y ello enlaza con la cuestión de qué quiere decir que un ordenamiento «es» originario (y por tanto autónomo) o derivado (y, como tal, subordinado a otro). O quizá mejor, que se considera y es aceptado como originario o autónomo. Y digo que quizá mejor porque la consideración como autónomo que haga de sí mismo un ordenamiento no tiene por qué ser reconocida por otros. Dado que el carácter autónomo o no de un ordenamiento jurídico depende de la clase de relación que mantenga con otros y que ésta se define necesariamente desde algún punto de vista (i. e., desde el punto de vista de algún ordenamiento), más que decir simplemente que un ordenamiento «es» o «no es» originario o autónomo resulta más apropiado decir que «es visto –o reconocido– como» autónomo desde un cierto punto de vista, lo que es perfectamente compatible con que tal vez sea considerado como derivado o no autónomo desde otro diferente.

Creo que este punto queda algo oscurecido en el análisis de Ferrajoli, que el origen del problema está en la forma en que entiende y utiliza la idea de «norma(s) de reconocimiento» y que la dificultad se pone claramente de manifiesto en su afirmación de que tanto el ordenamiento comunitario como los ordenamientos nacionales de los Estados miembros son, por igual, autónomos u originarios<sup>39</sup>. Según

---

<sup>39</sup> Ferrajoli sostiene que la Unión Europea constituye una federación (*PI* vol II: 474); y entiende por «federación» –como se dijo anteriormente: *vid. supra*, nota 31– algo sustancialmente distinto de un Estado federal: una «red de relaciones entre ordenamientos federados» en la que no hay poderes supremos (es decir, entre ellos no habría relaciones de supraordenación y subordinación), dado que tanto las instituciones federales como las instituciones federadas serían igualmente *originarias* (*PI* vol I: 887; *PI* vol II: 543). Esa tesis ha sido criticada por Stefano Anastasia, señalando que dado que Ferrajoli define las instituciones originarias como aquellas que son producidas por un acto constituyente y este a su vez como un acto institutivo de grado no subordinado a ningún otro (y que por lo tanto es producido por sujetos naturales, no por sujetos institucionales), no está en absoluto claro en qué sentido podrían considerarse «originarias» las instituciones europeas, que parecen ser el producto de acciones jurídicamente reguladas como son los actos de ratificación de tratados (ANASTASIA, 2011: especialmente 87-88). La respuesta de Ferrajoli (en FERRAJOLI, 2011: 207-208) me resulta un tanto desconcertante. Aceptando que Anastasia tiene razón, no cree que ello represente un problema serio para su teoría, dado que cree que podría salvarse reformulándola de una de estas dos maneras: o bien admitiendo que en realidad las federaciones son instituciones derivadas, o bien admitiendo que los actos constituyentes pueden ser realizados también por sujetos artificiales o institucionales. Pero en mi opinión lo segundo contradice sin más su definición de acto constituyente (cfr. *PI* vol. I: 804-807); y lo primero priva de fundamento a la afirmación de que entre instituciones federales e instituciones federadas no hay relaciones de supraordenación y subordinación y, con ello, a la idea misma de que una relación como la que media entre el derecho comunitario y los derechos nacionales de los Estados miembros debe ser entendida en los términos del «pluralismo de los ordenamientos». Creo, como se verá, que la salida de la aporía pasa en realidad por admitir que, más que decir que un acto «es» o no constituyente, puede suceder que el acto que se considera constituyente desde un punto

Ferrajoli, una constitución es «el estatuto de una institución política que tiene como acto institutivo [un] acto constituyente», lo que implica, en virtud de la definición de «acto constituyente», que la constitución no está sometida a ninguna norma supraordenada (y a su vez es de grado supraordenado a cualquier otra norma del ordenamiento)<sup>40</sup>; y únicamente los ordenamientos originarios estarían dotados de constituciones en el sentido definido<sup>41</sup>. Todo esto –añade– no excluye la posibilidad de que «existan varios ordenamientos dentro de un mismo ordenamiento», esto es, que quepa hablar de «subordenamientos» u «ordenamientos subordinados» y el concepto decisivo para diferenciar un ordenamiento originario de un ordenamiento subordinado sería el de las «relaciones de grado»: en el caso del ordenamiento subordinado, su «estatuto» habría sido producido no por un acto constituyente, sino por actos regulados a su vez por normas (del ordenamiento originario al que se subordina), respecto a las cuales, por consiguiente, sería de grado subordinado<sup>42</sup>.

Ahora bien, creo que toda esta construcción no toma en cuenta adecuadamente una idea decisiva, que fue puesta de manifiesto por Hart en su crítica a la explicación kelseniana de la unidad del derecho<sup>43</sup>. Para concluir que dos normas forman parte de un mismo sistema jurídico, decía Hart, no es suficiente con que una de ellas establezca qué requisitos harían válido el acto de producción de la otra y ésta haya sido producida efectivamente por un acto que los satisface (en términos de Ferrajoli: no sería suficiente con que medie entre ellas una «relación de grado»). Sólo con eso, insistía Hart, no basta para decir que la segunda «deriva su validez» de la primera o que ésta es «la razón de la validez» de aquella. Porque para poder decirlo haría falta algo más que tiene que ver con la práctica de reconocimiento que desarrollen de hecho quienes en un territorio determinado tengan la capacidad de ver sus decisiones impuestas por un aparato que monopoliza el uso institucionalizado de la coacción: y ese «algo más» consiste precisamente, en que, «los jueces del sistema» reconozcan a la primera de aquellas dos normas como la razón de la validez de la segunda<sup>44</sup>. Y, como subraya Hart, podría no ser así incluso en el caso de que cupiera afirmar, fijándonos sólo en el contenido de la primera norma, que media entre ellas –por decirlo al modo de Ferrajoli– la relación de grado apuntada. Podría haber sucedido, por ejemplo, que la práctica de reconocimiento hubiese cambiado: que en un momento dado sí se hubiese reconocido a la primera como «razón de la validez»

---

de vista sea considerado constituido desde otro punto de vista distinto; y que, más que decir que un ordenamiento «es» o no originario o autónomo, puede suceder que se considere originario desde un punto de vista y derivado desde otro.

<sup>40</sup> *PI* vol I: 842-843.

<sup>41</sup> *PI* vol I: 434-435.

<sup>42</sup> *PI* vol I: 435-436.

<sup>43</sup> *Vid.* HART, [1968] 1983.

<sup>44</sup> HART [1968] 1983: 313, 318-321.

de la segunda y que después se hubiese aceptado el acto productor de ésta como «acto constituyente», lo que sería tanto como entender que su validez ya no se haría depender de la regularidad de su producción en los términos establecidos por la primera (y, por tanto, que se la seguiría reconociendo como válida por mucho que se concluyese después que su producción fue en realidad irregular a la luz de la ésta<sup>45</sup>). En este sentido, la construcción de Ferrajoli sería demasiado kelseniana o, si se prefiere decir así, no lo bastante hartiana. De hecho, aunque Ferrajoli emplea en su teoría el concepto de «norma(s) de reconocimiento»<sup>46</sup>, lo cierto es que lo hace en un sentido que se distancia claramente del de Hart: para Ferrajoli las normas de reconocimiento son normas que forman parte de la constitución de un ordenamiento<sup>47</sup>, no, como para Hart, una norma que existe sólo en tanto que aceptada y compartida (esto es, practicada) y que consiste en el reconocimiento de algo como derecho válido por referencia a ciertos criterios. De manera que si la identificación de la fuente suprema del sistema depende siempre de una práctica de reconocimiento, cabe que una norma deje de ser reconocida como «la constitución» del sistema o pase en un momento dado a ser reconocida como tal, cabe que el acto que la produjo deje de ser reconocido como acto constituido y pase en cierto momento a ser reconocido como acto constituyente, todo ello en la medida en que cambie la práctica de reconocimiento. El cambio de esa práctica es siempre una cuestión de hecho (no un cambio normativo producido intrasistemáticamente); y en ciertas situaciones –como las que tienen que ver con la independencia de una colonia respecto a su metrópoli, o con los procesos de formación o desintegración de Estados federales– puede darse el caso de que lo que desde un punto de vista se reconoce como constitución, como fuente suprema de un ordenamiento originario o autónomo, desde otro se considere «norma de grado subordi-

---

<sup>45</sup> El propio Ferrajoli apunta en un momento dado que la Constitución italiana, si bien fue aprobada mediante un acto formal regulado por los decretos que dieron *vid.* a la Asamblea constituyente, ha de considerarse el producto de un acto constituyente, de manera que «ningún hipotético vicio de forma de tales decretos habría podido comportar la invalidez del acto constituyente», porque en realidad éste es tal sólo por «el efecto producido» (*PI* vol. I: 811). Y consideradas las cosas de esta manera –nos dice– podemos entender que lo que «desde el punto de vista del ordenamiento constituido» es un acto jurídico institutivo y normativo, «observado desde fuera, es decir, desde el punto de vista del ordenamiento alterado o sustituido» se considerará «un hecho extrajurídico y algunas veces antijurídico» (*PI* vol. I: 810). En estos pasajes –y si se entiende que el «efecto producido» por un acto que hace de él un acto constituyente es el haber logrado el reconocimiento como tal– Ferrajoli está razonando en términos rigurosamente hartianos; pero creo que ello no se compadece bien con su reiterada caracterización en otros muchos lugares de las «normas de reconocimiento» como normas de competencia que forman parte del texto constitucional (*vid. infra*, nota 47).

<sup>46</sup> Y lo hace citando al propio Hart, o a Atienza y Ruiz Manero, que conciben la idea en términos estrictamente hartianos: *vid. PI* vol. I: 454 nota 26.

<sup>47</sup> *PI* vol. I: 433, 599, 842-843.

nado» a otras y, todo lo más, estatuto de un subordenamiento que sería entonces considerado como derivado respecto a otro (al que sí se reconocería como originario). En suma, si las relaciones entre ordenamientos se conciben a partir de la noción de relaciones de grado y esta, a su vez, se construye sólo a partir del contenido de las normas, sin tomar en cuenta el hecho de las prácticas de reconocimiento, se tiende a pensar que un acto «es» o no constituyente, que un ordenamiento «es» o no originario o autónomo, cuando más bien habría que decir que, desde un determinado punto de vista, es o no reconocido como tal.

Si se aceptan estas consideraciones, cabe concluir que un primer sentido en el que se maneja a veces la idea de «pluralismo» como forma de relación entre ordenamientos tiene que ver con un tipo de situación en la que, en rigor, no habría nada que mereciese ser llamado con propiedad «pluralista» desde el punto de vista interno de cada ordenamiento. Si coexisten dos (o más) ordenamientos que concurren en el sentido de que ambos son aplicables en un determinado conjunto de supuestos; cada uno de ellos se considera autónomo y, como tal, pretende contar con la última palabra respecto al modo en que deben resolverse sus colisiones con el otro; y las reglas de colisión que cada uno establece no son coincidentes, entonces puede decirse, pero meramente desde el punto de vista externo, que no hay entre esos ordenamientos relaciones de supraordenación y subordinación (ni siquiera entendida como primacía en cuanto a la aplicación) ni tiene nadie la última palabra. Pero insisto, esa sería una afirmación formulada desde el punto de vista externo, que sólo podría aceptarse como un modo de expresar que lo que sucede de hecho es que la primacía que desde el punto de vista interno cada ordenamiento no deja de reclamar para sí y la pretensión de contar con la última palabra en caso de colisión que cada uno de ellos no deja en ningún momento de esgrimir no son aceptadas en esos precisos términos por el otro<sup>48</sup>. Si llamamos a esto «pluralismo desde el punto de vista externo», creo que hemos de ser conscientes de que la idea se asienta sobre una mezcla de perspectivas o puntos de vista que puede producir confusión (sugiriendo, por ejemplo, que en esa clase de contextos es erróneo sin más afirmar que a un ordenamiento determinado le corresponde la última palabra, cuando puede ser una afirmación perfectamente correcta desde el punto de vista interno correspondiente). Y por otra parte, si en lo que consisten en realidad esa clase de situaciones de «pluralismo desde el punto de vista externo» es en una pluralidad irreductible de pretensiones de autoridad última en conflicto, tampoco parece sensato que desde el punto de vista normativo alguien pudiera considerarlas como un ideal,

---

<sup>48</sup> Cfr. BARBER, 2006: 323-329; BARENTS, 2009: 439; SOMEK, 2012: 357; BARENTS, 2012: 176-179.

como un estado de cosas valioso que habría que alcanzar o, si es que fuese ya de ese tipo la situación en la que nos encontramos, esforzarse en preservar.

Pero es que además –y refiriéndonos ahora a la situación actual de la tutela multinivel de los derechos fundamentales en Europa, que ciertamente es un ámbito más amplio que el de las relaciones entre el derecho de la Unión Europea y los derechos nacionales de los Estados miembros– ni siquiera podría decirse de semejante «pluralismo desde el punto de vista externo» que sea satisfactorio como descripción de la realidad en la que nos encontramos. Cuando coexisten ordenamientos que se conciben a sí mismos como autónomos y por tanto no subordinados a alguno de los demás, que son aplicables a un mismo conjunto de supuestos y cada uno de los cuales cuenta con un órgano jurisdiccional encargado de interpretar con carácter supremo las normas sobre derechos fundamentales contenidas en el instrumento normativo que considera su propia constitución, está claro que el riesgo de conflicto es inevitable. Es obvio que si cada uno de esos órganos últimos en cada sistema mantuviera incondicionalmente, sin concesión de ninguna clase, que el parámetro de enjuiciamiento que debe utilizar en todas las ocasiones no es otro que la interpretación que considera correcta de sus propias normas constitucionales, desde los distintos ordenamientos implicados podrían darse respuestas incompatibles a una misma situación en la que todos ellos son aplicables. Y para esa clase de conflicto entre ordenamientos no existiría, por definición, ninguna clase de instancia última (super partes) llamada a resolver la controversia en términos jerárquicos. Pero si se observa cómo funciona realmente la protección multinivel de los derechos en el ámbito europeo, se constata que esa clase de conflicto irresoluble, de choque frontal entre ordenamientos, es extraordinariamente infrecuente. Y lo es porque cada una de las instancias jurisdiccionales supremas concurrentes ha ido desarrollando prácticas interpretativas que, sin renunciar en teoría a la pretensión de contar con la última palabra ni dejar de afirmar la primacía de su propio ordenamiento, buscan precisamente modos de acomodar o hacer convivir los distintos puntos de vista implicados: y no, claro está, en el sentido –difícilmente alcanzable– de asegurar siempre una interpretación totalmente coincidente, sino en el más modesto de propiciar un conjunto de interpretaciones mutuamente compatibles, lo que puede implicar que se tolere un cierto grado de diversidad en las soluciones.

Hoy en día es un lugar común referirse a esas formas de autorrestricción y acomodación mutua como «diálogo entre tribunales», pero ese es un rótulo demasiado impreciso, ya que la metáfora del «diálogo» puede aplicarse a prácticas muy diversas<sup>49</sup>. Las que aquí interesan

---

<sup>49</sup> Llamen la atención sobre la ambigüedad e imprecisión de esa noción y tratan de distinguir, clarificar y evaluar formas diversas de entenderla CASSESE, 2009; TORRES PÉREZ, 2009 (caps. 5 y 6); DE VERGOTTINI, 2010; BUSTOS GISBERT, 2012; o

son del tipo que se ha puesto de manifiesto en algunas decisiones célebres de distintos tribunales europeos, nacionales y supranacionales, en materia de protección de derechos<sup>50</sup>. Por ejemplo, reafirmando la primacía de su propio ordenamiento y su competencia para pronunciar la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos, un tribunal puede renunciar a controlar las decisiones al respecto tomadas desde otro ordenamiento en tanto en cuanto éste asegure en términos generales (aunque no necesariamente en cada caso concreto) un nivel de protección equivalente (no necesariamente idéntico) de los derechos fundamentales<sup>51</sup>. Y puede decidir también que esa renuncia genérica, no obstante, quedaría suspendida si la decisión en cuestión, aun tomada desde un ordenamiento que en general asegura una protección equivalente de los derechos, es incompatible con algún elemento básico o esencial de la propia identidad constitucional (y no meramente con cualquier contenido de la constitución propia)<sup>52</sup>. O, sin renunciar genéricamente al control caso por caso, puede partir de la presunción de corrección de las decisiones provenientes de ordenamientos que en términos generales aseguren una protección equivalente de los derechos, si bien sosteniendo al mismo tiempo que esa presunción puede quedar desvirtuada si en un caso determinado la decisión de aquel ordenamiento entraña una protección manifiesta-

---

GARCÍA ROCA, 2012. En particular, no interesan aquí formas de supuesto «diálogo» como la mera toma en consideración, a los efectos de interpretar las normas propias en materia de derechos fundamentales, de la jurisprudencia de tribunales de otros Estados o supranacionales (*vid. supra*, nota 1).

<sup>50</sup> La bibliografía sobre cualquiera de ellas es notablemente extensa. Aquí sigo de cerca la muy esclarecedora presentación sintética de BUSTOS GIBERT, 2012: 49-51.

<sup>51</sup> Esta es, por supuesto, la que se suele llamar «doctrina *Solange*», fijada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia –conocida habitualmente como «*Solange II*»– de 22 de octubre de 1986, en la que éste decidió no revisar la conformidad con las normas de derechos fundamentales de la constitución alemana de las decisiones del entonces TJCE relativas a la interpretación y aplicación del derecho comunitario «en tanto en cuanto» (*solange*) desde el ordenamiento comunitario se garantizase en general un nivel de protección de los derechos equivalente al que asegura el ordenamiento alemán.

Se ha sugerido que este método o doctrina *Solange* debería presidir las relaciones entre los distintos tribunales internacionales o supranacionales (*vid. LAVRANOS*, 2008); y también, en dirección opuesta a la de su formulación original, que debería seguirla igualmente el TJUE en relación con los ordenamientos de los Estados miembros (*vid. VON BOGDANDY, KOTTMANN, ANTPÖHLER, DICKSCHEN, HENTREL y SMRKOLJ*, 2012), relativizando en consecuencia su clásica doctrina de primacía incondicional del derecho comunitario sobre cualquier norma –incluso constitucional– de derecho interno de los Estados.

<sup>52</sup> Como, en relación con el ordenamiento comunitario, sostuvo el Tribunal Constitucional Federal en su sentencia *Maastricht* de 12 de octubre de 1993. También es este el sentido de lo decidido por dicho Tribunal en su sentencia *Görgülü* de 14 de octubre de 2004, en la que mantuvo que los tribunales alemanes pueden apartarse de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos si esta resulta incompatible con elementos esenciales del orden constitucional alemán.

mente insuficiente<sup>53</sup>. También puede, incluso invirtiendo el sentido de sus propias normas de colisión, hacer valer su punto de vista en materia de derechos frente al de otro ordenamiento cuando se entienda que éste adolece de deficiencias estructurales profundas que impiden el reconocimiento genérico de sus decisiones<sup>54</sup>. O puede, finalmente, adoptar una posición de deferencia como la que muestra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con su conocida doctrina del margen de apreciación, que puede llevar directamente a no entrar en el fondo del asunto por entender que el juez del ordenamiento que en principio es objeto de control está en mejor posición para decidir, o a conceder que desde el ordenamiento propio se trata sólo de asegurar ciertos mínimos, más allá de los cuales serían igualmente admisibles decisiones distintas adoptadas desde diferentes ordenamientos<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Es lo que sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Bosphorus* (STEDH *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, de 30 de junio de 2005) donde estaba en juego la conformidad o no con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de medidas adoptadas por un Estado (Irlanda) en ejecución de una norma comunitaria, adoptada a su vez en ejecución de una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

<sup>54</sup> Como hizo el Tribunal de Justicia europeo en el caso *Kadi* (asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, STJCE de 3 de septiembre de 2008), donde estaba en discusión la validez de medidas adoptadas por un Estado miembro en ejecución de un Reglamento comunitario que transponía resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y que cabía pensar que infringían derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario. A diferencia del Tribunal de Primera Instancia (SSTPI de 21 de septiembre de 2005) que entendió que en aplicación no sólo del art 103 (en conjunción con el art. 25) de la Carta de Naciones Unidas, sino del propio derecho comunitario (art. 307 TCE), los tribunales comunitarios carecían de jurisdicción para controlar la validez de medidas comunitarias que constituyeran la implementación de obligaciones internacionales emanadas de Naciones Unidas, el Tribunal de Justicia llevó a cabo dicho control, manteniendo que no procedía adoptar una actitud deferente hacia las decisiones emanadas de Naciones Unidas dadas las deficiencias estructurales profundas en cuanto a la protección de derechos de las que adolece el sistema de la ONU.

<sup>55</sup> La literatura sobre la doctrina del «margen de apreciación nacional» seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es extensísima. Casi sin excepción viene a subrayar que se trata de un instrumento de contornos sumamente imprecisos del que el TEDH hace un uso notablemente discrecional, proponiéndose con frecuencia una serie de criterios que podrían disciplinar su uso y hacerlo más previsible. Entre las aportaciones más recientes, ofrecen una recapitulación prácticamente exhaustiva de esas discusiones GARCÍA ROCA, 2010 y LEGG, 2012.

Más allá de su uso por el TEDH, se ha sostenido que la doctrina del margen de apreciación –tal vez estructurada y definida de un modo más preciso– debería ser adoptada con carácter general por los tribunales internacionales o supranacionales en relación con los ordenamientos nacionales (SHANY, 2006); y, específicamente, que deberían emplearla los tribunales de la Unión Europea en relación con el derecho interno de los Estados miembros (GERARDS, 2011), lo que naturalmente implicaría renunciar a la total uniformidad en la aplicación del derecho comunitario, aspiración que como se sabe fue la razón en la que se sustentó desde *Costa c. Enel* su pretensión de primacía incondicional sobre los derechos nacionales. Como se verá más adelante –*vid. infra*, nota 80–, en aras del respeto a la identidad constitucional de los Estados el TJUE ha dejado ya de hacer valer esa pretensión de primacía incondicional en una

Cuando los órganos jurisdiccionales últimos de ordenamientos que se conciben a sí mismos como autónomos y son todos ellos aplicables a un mismo conjunto de supuestos desarrollan de hecho prácticas como estas, la situación es profundamente distinta de la que nos dibujaba lo que antes he llamado «pluralismo desde el punto de vista externo». Lo que tenemos ante nosotros no es ya una pluralidad irreductible de pretensiones incondicionales de autoridad última en conflicto: ahora, desde el punto de vista interno de cada ordenamiento se está relativizando de algún modo la autoridad propia para hacer posible su acomodación con la de los demás, y se está haciendo en términos sustancialmente distintos de la pura y simple supraordenación de unos y subordinación de otros. Y hay quien entiende que es precisamente en una situación semejante, y no en otras circunstancias, cuando procede hablar con propiedad de «pluralismo constitucional»<sup>56</sup>.

Ahora bien, para fijar con precisión el sentido de esta forma de «pluralismo» hay que aclarar de inmediato una cuestión clave: si las distintas «técnicas de diálogo» para buscar la avenencia o acomodación entre ordenamientos que han sido descritas se usan en la práctica siguiendo criterios claros, precisos y suficientemente predeterminados, de manera que pueda decirse que a través de ellas se adoptan genuinas decisiones de principio; o si, por el contrario, se trata de doctrinas tan imprecisas y de formulación tan vaga que no sientan en absoluto parámetros bien definidos para guiar las decisiones, de manera que en realidad estas se adoptan ad hoc, meramente sobre la base de consideraciones estratégicas, ejerciendo sin concesiones la propia jurisdicción cuando se estima que se dan las condiciones favorables para hacerlo y adoptando en cambio la actitud deferente cuando ocurre lo contrario y se trata sobre todo de evitar el choque frontal entre jurisdicciones. Algunos piensan que lo que sucede de hecho es lo segundo<sup>57</sup>. Y hay quien considera que el hecho de que las relaciones

---

serie de ocasiones, dando consiguientemente por buenas soluciones nacionales dispares que suponen otras tantas excepciones al principio de aplicación uniforme.

<sup>56</sup> *Vid.*, por ejemplo, TORRES PÉREZ, 2009: 66-69; BUSTOS GISBERT, 2012: 21-22; o GARCÍA ROCA, 2012: 192.

<sup>57</sup> Cfr. KRISCH, 2008: 196, 215. Piénsese, por ejemplo, en lo impreciso que resulta determinar si otro ordenamiento garantiza o no una protección «equivalente» de los derechos «en términos generales». O cuáles serían exactamente los «elementos básicos o esenciales de nuestra identidad constitucional» y qué estipulaciones de la constitución propia no alcanzarían en cambio dicha condición. O qué querría decir que la protección que otro ordenamiento dispensa a un derecho es no meramente inferior a la que garantiza el ordenamiento propio, sino «manifiestamente insuficiente». O cuándo las deficiencias estructurales de otro ordenamiento son de tal magnitud que impide el reconocimiento genérico de sus decisiones en materia de derechos (aunque ese reconocimiento venga en principio exigido por una norma del ordenamiento propio). Y en cuanto a la doctrina del «margen de apreciación» utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son hasta tal punto erráticos, inconcretos y cambiantes los criterios que sigue el TEDH cuando decide qué es lo que cabe dentro de dicho margen y qué lo que queda fuera de él (a veces el criterio decisivo parece ser el grado de consenso al respecto entre los Estados; otras veces la naturaleza del derecho invo-

entre los ordenamientos de distintos niveles se desenvuelvan de ese modo es además, en las circunstancias del presente, defendible desde el punto de vista normativo.

Para referirse a una forma de relación entre ordenamientos que se desarrolle en términos como los que se acaban de describir se ha hablado de «pluralismo fuerte»<sup>58</sup> o «pluralismo radical»<sup>59</sup>. En condiciones de pluralismo radical muchos fallos clave adoptados en materia de derechos fundamentales por tribunales de distintos niveles deberían considerarse más bien decisiones salomónicas, orientadas en realidad por criterios de pura negociación, por consideraciones pragmáticas o, si se quiere decir de ese modo, de *realpolitik*<sup>60</sup>. En condiciones ideales, difícilmente cabría considerar intrínsecamente deseables las prácticas del pluralismo radical. Pero sus defensores<sup>61</sup> insisten en que las condiciones en que tenemos que desenvolvernos no son las ideales. Su tesis vendría a ser que en el mundo no ideal de la política global actual, donde por un lado se necesitan decisiones que exceden del marco de los Estados nacionales, pero por otro hay demasiada diversidad y fragmentación como para recomponer a escala global el tipo de estructura de autoridad unitaria y jerárquicamente bien definida que el ideal constitucionalista inspiró en el plano nacional, la flexibilidad, apertura y adaptabilidad que ofrece el pluralismo radical puede ser lo mejor que tengamos a nuestra disposición. Dejar de algún modo abiertas ciertas cuestiones de principio y relativamente indefinida la cuestión de dónde reside la autoridad última –se nos dice– ayudaría a limitar y a sortear los antagonismos; y, con el tiempo, el «diálogo» podría a fin de cuentas ir cristalizando puntos de acuerdo, soluciones que todos pudieran llegar a considerar aceptables.

Por este pluralismo radical, con independencia de que tal vez pueda ofrecernos una descripción fidedigna de lo que realmente está ocurriendo en el ámbito de la protección multinivel de los derechos fundamentales en Europa, no creo que pueda ser el tipo de «pluralismo de los ordenamientos» que Ferrajoli nos propone como ideal. Si acaso será más bien la clase de pluralismo que deplora y del que afirma que no sólo no constituye un modelo, sino a decir verdad «un problema teórico y político, cuya falta de solución representa una cons-

---

lucrado, aunque no haya un alto grado de consenso; en ocasiones la tendencia en la que parece ir evolucionando la posición de los Estados, aunque todavía no se haya alcanzado un consenso suficiente...) que se ha llegado a decir que es «una doctrina tan resbaladiza y elusiva como una anguila» (en palabras de Lord Lester of Herne Hill, citado en GARCÍA ROCA, 2010: 119; y también en LEGG, 2012: 1).

<sup>58</sup> COHEN, 2012: 63.

<sup>59</sup> KRISCH, 2011.

<sup>60</sup> KRISCH, 2008: 202-210 analiza con detalle qué clase de incentivos (relacionados con la consolidación de su posición institucional) han podido mover en cada caso a distintos tribunales para adoptar formas de autorrestricción y mostrar deferencia hacia las decisiones de otras jurisdicciones.

<sup>61</sup> Especialmente Nico Krisch: *vid.* KRISCH, 2008, 2010, 2011 y 2012.

tante amenaza al papel del derecho y de la razón jurídica»<sup>62</sup>. En efecto, la crítica habitual al pluralismo radical<sup>63</sup> consiste en subrayar que si las relaciones entre los sistemas se van definiendo mediante ajustes ad hoc guiados por consideraciones de tipo pragmático y no de una forma estructurada por razones de principio reconocibles, si en definitiva los choques entre jurisdicciones se van resolviendo —o sorteando— a través de la política y no del derecho, entonces no habrá regla cierta para la solución de los conflictos (lo que obviamente comprometerá la coherencia y la seguridad jurídicas) y la decisión de qué derecho aplicar en tales casos quedará librada en último término al criterio de oportunidad del juez, que podrá llegar a dar por bueno un nivel de protección de los derechos que no considera correcto en aras de mantener relaciones relativamente armoniosas —o al menos no abiertamente conflictivas— con otros sistemas. Todo lo cual —no creo que haga falta extenderse en ello— choca frontalmente con los principios más básicos que inspiran el ideal constitucionalista, que es incuestionablemente lo que Ferrajoli quiere defender en la esfera pública global. En suma, si el concepto de «pluralismo» se entendiera de este modo, como pluralismo radical, habría que concluir que no representa en absoluto la forma actual del constitucionalismo —y menos aún su futuro— sino más bien su desintegración.

Pero en los debates actuales la idea de pluralismo constitucional se entiende también en un tercer sentido, sustancialmente diferente de los dos anteriores (el «pluralismo desde el punto de vista externo» y el «pluralismo radical»). Para aludir a esta tercera forma de entender el pluralismo se ha hablado a veces de «pluralismo interno», de «pluralismo interpretativo» o de «pluralismo ordenado»<sup>64</sup>, aunque también hay quien simplemente considera que este es el único sentido en el que cabe hablar con propiedad de «pluralismo constitucional» y reserva este rótulo para él<sup>65</sup>. Para entender correctamente la idea, habría que partir de algunas consideraciones acerca de las prácticas de reconocimiento de las que depende la identificación del derecho. Aceptar una regla de reconocimiento (entendida al modo de Hart, esto es, como regla que existe sólo en tanto que aceptada y practicada) equivale a adoptar un punto de vista interno desde el cual se afirma que

<sup>62</sup> *PI* vol. I: 436. Sobre los diversos modos en los que Ferrajoli se refiere a la idea de pluralismo, *vid. supra*, nota 31.

<sup>63</sup> *Vid.* BAQUERO CRUZ, 2008: 414-415, 418; DAVIES, 2012: 276; ZUCCA, 2012: 340-342; ALÁEZ CORRAL, 2012: 384.

<sup>64</sup> De pluralismo «interno» hablan, por ejemplo, COHEN, 2012: 301; o DAVIES, 2012: 272. Utiliza el término «pluralismo interpretativo» para aludir a la misma idea HALBERSTAM, 2012: 168. La expresión «pluralismo ordenado», que me parece que refleja de un modo particularmente adecuado el contraste con lo que aquí se ha llamado «pluralismo radical», proviene de DELMAS-MARTY, 2006.

<sup>65</sup> Es el caso de quienes a mi juicio han articulado la idea en términos más precisos y esclarecedores, Mattias Kumm (que también habla a veces de «constitucionalismo cosmopolita») y Miguel Poiares Maduro: *vid.* KUMM, 1999, 2005, 2009, 2010b y 2012; y POIARES MADURO, 2003a, 2003b y 2012.

cuenta como derecho válido. Pero por ello mismo no hay razones jurídicas (esto es, razones que deriven del derecho válido, que sólo cabe identificar, precisamente, una vez que hayamos adoptado un punto de vista interno) para aceptar una u otra regla de reconocimiento, o para aceptarla en unos términos concretos. Cuál sea en cada momento la regla de reconocimiento que efectivamente se acepta es, por supuesto, una cuestión de hecho. Y cuál sea el derecho que un juez debe aplicar, si formulamos la pregunta en relación con los criterios de identificación sentados por la regla de reconocimiento efectivamente aceptada (es decir, adoptando el punto de vista interno correspondiente), también lo es. Pero qué regla de reconocimiento se debe aceptar es algo que, por definición, el derecho no determina ni puede determinar, porque es, por así decirlo, una cuestión necesariamente pre-jurídica. Y como tal, sólo puede responderse a la luz de principios de moralidad política. Aceptar una regla de reconocimiento según la cual la constitución del Estado es la norma suprema del ordenamiento podrá basarse, por ejemplo, en el valor que se atribuye al autogobierno de la correspondiente comunidad. O aceptar –como hace el TJUE– una regla de reconocimiento según la cual los tratados constitutivos («el derecho comunitario originario») son la norma suprema del ordenamiento (y en ese sentido, «su constitución»), podrá basarse, por ejemplo, en el valor que se atribuye a la provisión de ciertos bienes colectivos cuya consecución se supone que quedaría comprometida en caso contrario. Pero, sea como fuere, la pregunta acerca de qué regla de reconocimiento se debe aceptar, y en qué términos, nos remite siempre de forma inevitable a principios de moralidad política.

Pues bien, la idea de pluralismo interno o pluralismo ordenado se refiere a la aceptación de una regla de reconocimiento compleja –justificada por un conjunto igualmente complejo de principios de moralidad política relativos al modo en que debería estar distribuida la autoridad legítima en la esfera pública global– que implicaría, caso de ser aceptada por el juez que deriva su competencia de un ordenamiento determinado, una forma característica de apertura por su parte hacia otros ordenamientos concurrentes. De apertura, en el sentido de que implicaría aceptar como «regla de colisión» un balance de principios que determinarían en cada caso si se debe hacer prevalecer la solución que deriva del ordenamiento propio o se debe mostrar deferencia hacia la que resulta de otro. Y donde lo decisivo, nótese bien, sería que esa opción no se resolvería ad hoc, en los términos pragmáticos, estratégicos o, si se quiere, oportunistas del pluralismo radical, sino a la luz de un esquema coherente de principios generales<sup>66</sup>. Las razones para aceptar semejante clase de regla de reconocimiento compleja, y no una más simple a tenor de la cual, por ejemplo, habría de contar como norma suprema la constitución nacional y la pretensión de autoridad

---

<sup>66</sup> Vid. LA TORRE, 1999: 194; VON BOGDANDY, 2008: 398, 403-404; KUMM, 2010b: 214-215; MADURO, 2012: 76-77, 82-83.

de ésta debería hacerse valer en todo caso incondicionalmente, tendrían que ver con la admisión de que la distribución de la autoridad legítima en la esfera global debe atender a una pluralidad de ingredientes: por una parte el valor del autogobierno democrático (que hoy por hoy sólo se ejerce en términos que merezcan ese nombre en el plano nacional), pero también la admisión de que hay una forma específica de déficit democrático consistente en tomar desde una comunidad política decisiones que afectan a personas que no forman parte de ella y no pueden intervenir en su adopción, o el reconocimiento del valor de bienes colectivos cuya provisión y aseguramiento no es posible sino por parte de niveles institucionales supraestatales en los que no se desarrolla el autogobierno democrático, etc. Cuál haya de ser el modo preciso en que se articulen todos esos ingredientes en un esquema de principios coherente es una cuestión ciertamente difícil que, por fortuna, aquí no es necesario abordar<sup>67</sup>. Lo único que en este momento hay que subrayar es que la aceptación de esta clase de regla de reconocimiento compleja a la que se refiere la idea de pluralismo interno u ordenado exige conceptualmente haberlo articulado de algún modo, esto es, exige –y no es concebible sin ella– partir como presupuesto de una teoría normativa compleja acerca de la distribución de la autoridad legítima en la esfera global.

Aunque hay quien lo sostiene, es discutible que ya hoy –al menos en un ámbito como el europeo– quepa decir que esta forma de pluralismo interno u ordenado sea acertada como descripción de las prácticas de reconocimiento que se desarrollan de hecho desde los distintos ordenamientos concurrentes<sup>68</sup>. Tal vez, como pura descripción de la realidad, la imagen más fidedigna sea la que nos brinda el pluralismo radical (o quizá en la realidad podamos encontrar, según los actores en los que concentremos nuestra atención, elementos de ambos). Aquí no es esto lo que más importa. Si desde todas las instancias jurisdiccionales supremas de los ordenamientos concurrentes se adoptara una misma forma de pluralismo interno u ordenado, esto es, se aceptase la misma regla de colisión compleja (lo que implicaría que todos estarían razonando desde la misma teoría normativa de fondo acerca de la distribución de la autoridad legítima en la esfera global), se conseguiría, como desde el principio se pretendió con la idea de pluralismo constitucional, una forma de «armonización coherente en ausencia de jerarquía»<sup>69</sup>. Represente o no, al día de hoy, una descripción correcta de la realidad, la idea es clara y desde el punto de vista normativo resulta plausible. Pero si esta es la forma de «pluralismo» que Ferrajoli tiene en mente para construir un «constitucionalismo global multini-

---

<sup>67</sup> Véase, por ejemplo, la forma concreta y detallada en la que lo hace KUMM, 2009: 290-310.

<sup>68</sup> Lo sostiene KUMM, 2012: 55-56; lo pone en duda SOMEK, 2012: 368.

<sup>69</sup> *Vid.* KUMM, 2010b: 203-204; FOSSUM y MENÉNDEZ, 2011: 50-53; COHEN, 2012: 302; MADURO, 2012: 82-83.

vel», hay que insistir en que no hay «pluralismo ordenado» sin respuestas a la pregunta acerca de a quién –y por qué– ha de reconocérsele en cada caso la autoridad última para decidir. En suma, sin respuestas a la pregunta que Ferrajoli no parece contemplar.

3. ¿HAY EN *PRINCIPIA IURIS* CRITERIOS PARA DEFINIR UN «PLURALISMO ORDENADO»? LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y MAYOR NIVEL DE PROTECCIÓN COMO PAUTAS PARA LA ASIGNACIÓN DE LA AUTORIDAD LEGÍTIMA EN LA ESFERA PÚBLICA GLOBAL

Podría objetarse a lo que se acaba de afirmar que simplemente no es cierto que Ferrajoli no proponga principios para la distribución en la esfera global de la autoridad para decidir sobre el contenido y alcance de los derechos. De hecho nos propone dos, el de subsidiariedad y el del mayor nivel de protección. Lo que ocurre es que como intentaré mostrar, ya para concluir, ninguno de los dos está en realidad en condiciones de ofrecernos las respuestas que necesitamos para articular un «pluralismo ordenado».

Consideremos en primer lugar el principio de subsidiariedad. Ferrajoli sostiene en efecto que la idea de subsidiariedad debería presidir la distribución de funciones entre los distintos ordenamientos y niveles institucionales que compondrían la esfera pública global, de manera que en principio toda función habría de confiarse a los niveles inferiores (estatales o infraestatales: en todo caso, al nivel «más próximo a los ciudadanos») y «sólo subsidiariamente, es decir, en caso de su inactividad, inadecuación o insuficiencia» a los niveles superiores en los que se situarían las instituciones supranacionales<sup>70</sup>. Este es, sin duda, un punto de vista muy extendido en la actualidad. La pretensión de las comunidades nacionales de que no se interfiera indebidamente su capacidad de gobernarse a sí mismas, que tradicionalmente se planteaba en el lenguaje cerrado e innegociable de la soberanía, puede formularse ahora en términos que parecen más aceptables a través de la idea de subsidiariedad. Esta nos proporcionaría un principio constructivo para distribuir y delimitar la autoridad legítima entre las esferas nacional y supranacional, partiendo de una presunción a favor de la esfera nacional y reclamando por consiguiente una razón que justifique toda asunción de funciones por parte de un nivel supranacional, en términos que muestren con claridad qué es exactamente lo que se perdería o frustraría si la decisión de que se trate quedara confiada al nivel inferior.

El problema es que, tal y como se formula, el principio de subsidiariedad puede resultar vacío. El principio se apoya, naturalmente, en la intuición de que hay un nivel óptimo para la toma de cada tipo de decisión. Pero, sin criterios normativos adicionales que especifiquen

<sup>70</sup> *PI* vol. II: 194, 539.

cuál y por qué sería en cada caso ese nivel óptimo, la mera idea de subsidiariedad no va más allá de una pura tautología: nos dice tan solo que cada decisión debe ser adoptada en el nivel apropiado y que el nivel más apropiado es el inferior en todos los casos en los que no sea más apropiado el superior. Como dice Christoph Möllers, esto «deja todas las preguntas relevantes sin responder» y nos ayuda si acaso a describir el problema, pero no a resolverlo<sup>71</sup>.

Creo que sólo hay un ámbito en el que el principio de subsidiariedad ofrece una guía precisa para la asignación a un nivel institucional u otro de la toma de decisiones, y aun así con ciertas reservas. Es el de aquellos casos en los que, partiendo del acuerdo entre los distintos niveles implicados acerca de qué es valioso y qué bienes deben ser garantizados, confiar la toma de las decisiones correspondientes a los niveles inferiores resultaría ineficiente (i.e., permitiría alcanzar esos bienes en menor medida o no alcanzarlos en absoluto) porque ello desencadenaría problemas de acción colectiva: es decir, generaría externalidades, dejaría sin resolver problemas de coordinación, propiciaría comportamientos estratégicos que irían a la postre en perjuicio de todos, como la no provisión de bienes públicos (en el sentido de la teoría económica) o el desencadenamiento de fenómenos de «competición a la baja» (*race-to-the-bottom*), etc.<sup>72</sup>. Y digo que con ciertas reservas, porque a veces la provisión de bienes públicos comporta también efectos distributivos (aunque todos ganan con la provisión del bien respecto a la situación en la que el bien no se produce, unos ganan más y otros ganan menos) y a alguien debe incumbirle la decisión acerca del modo de distribuirlos. Y para la toma de esa decisión, como para la de todas aquellas en las que el problema no consista en cómo alcanzar de forma óptima lo que hay acuerdo en considerar un objetivo valioso, sino en el desacuerdo de partida acerca de qué es valioso, el principio de subsidiariedad, por sí solo, no parece estar en condiciones de ofrecer una guía para la asignación de esferas de autoridad legítima<sup>73</sup>.

Me parece por todo ello que el mero principio de subsidiariedad no está en condiciones de indicarnos en qué nivel, nacional o supranacional, deben adoptarse las decisiones acerca del contenido y alcance de nuestros derechos. Ferrajoli sostiene que, en aplicación de la idea de

<sup>71</sup> Cfr. MÖLLERS, 2011: 257. Un planteamiento similar puede encontrarse en KLABBERS, PETERS y ULFSTEIN, 2009: 32-33; o en FØLLESDAL, 2011: 31. Por el contrario, no comparte este punto de vista Paolo Carozza, que aun reconociendo que la idea de subsidiariedad «no puede generar respuestas mecánicas», dado que se trata de «un principio general, y no una regla clara» cuya concreción requeriría «la fluidez y flexibilidad de la *phronesis*», no cree que pueda llegar a calificarse de vacía (*vid. CAROZZA, 2003: 63, 78-79*).

<sup>72</sup> *Vid. KUMM, 2009: 294-295*. En este sentido es muy ilustrativo COOTER, 2000: cap. 5, que sustancia la idea en el siguiente principio: «[a]signa el poder sobre los bienes públicos a la unidad de gobierno más pequeña que internalice todos los efectos de su ejercicio» (*ibid.*, 107).

<sup>73</sup> *Vid. DAVIES, 2006: 78*.

subsidiariedad, cuando los Estados violen los derechos fundamentales o sean «estructuralmente impotentes para garantizarlos» su garantía debe quedar confiada a instituciones supranacionales<sup>74</sup>. Pero el problema, claro está, es que cuando hay desacuerdo acerca del contenido y alcance de nuestros derechos es controvertido qué cuenta o no como violación de los mismos. Si ello es así, aplicado a las decisiones en materia de derechos fundamentales el principio de subsidiariedad no parece ir mucho más allá de la idea de que correspondería a las jurisdicciones supranacionales asegurar la tutela de un cierto mínimo y reconocer más allá de ese mínimo un «margen de apreciación» a las jurisdicciones nacionales<sup>75</sup>. En cuyo caso, el criterio acaba confundiendo con la idea del «nivel de protección más alto», el segundo de los principios que propone Ferrajoli como guía para la distribución en la esfera pública global del poder de decisión en materia de derechos fundamentales.

A juicio de Ferrajoli, en efecto, para «asegurar algún grado de coherencia y unidad a una democracia constitucional multinivel» habría que generalizar el principio en virtud del cual «en cada ordenamiento, prevalece siempre el nivel de protección constitucional más garantista»<sup>76</sup>. Este principio, que como nos recuerda Ferrajoli se encuentra ya formulado en diferentes textos normativos supranacionales en materia de derechos<sup>77</sup>, vendría a ser la plasmación de la idea intuitiva de que la protección internacional de los derechos debe añadirse a la que pueda existir en el plano doméstico sin restar nada de esta, complementarla cubriendo sus carencias –como se supone, precisamente, que exigiría la idea de subsidiariedad– pero sin disminuir nunca los niveles de protección que se puedan haber alcanzado por parte de los ordenamientos nacionales. Y si en los supuestos de concurrencia entre ordenamientos todos ellos operaran tomando este principio como regla de colisión, el resultado –se dice– sería el aseguramiento de la mejor protección para las personas en todos los casos.

Pero la idea, me temo, tropieza con serios problemas. Para empezar, no todos los ordenamientos supranacionales pretenden meramente fijar un mínimo («un suelo y no un techo») en materia de derechos<sup>78</sup>. Sí lo hace, por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero no el ordenamiento comunitario, que si realmente reconociera plena libertad a los Estados para inaplicar normas europeas invocando su contrariedad con estándares de «protección más alta» establecidos por sus respectivas constituciones nacionales esta-

---

<sup>74</sup> *PI* vol. II: 539.

<sup>75</sup> Que es a fin de cuentas lo que acaba proponiendo CAROZZA, 2003: 39 nota 7 y 70.

<sup>76</sup> *PI* vol. II: 541.

<sup>77</sup> Por ejemplo –y por limitarnos al ámbito europeo–, en el art. 53 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; o en el art. 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>78</sup> Lo subraya y explica con claridad TORRES PÉREZ, 2009: 60-61.

ría permitiendo que se socavase la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario, en aras de la cual, precisamente, justificó –desde la temprana y celeberrima sentencia *Costa c. Enel*– su pretensión de primacía incondicional sobre el derecho interno. Generalizando la idea: en la esfera pública global no sólo necesitamos normas e instituciones supranacionales para la protección de los derechos, sino también para la provisión y aseguramiento de ciertos bienes colectivos (que pueden ser a su vez condición de posibilidad de la efectividad de los derechos); el aseguramiento de esos bienes colectivos no es posible sino por medio de normas e instituciones supranacionales y a condición, muchas veces, de que dichas normas se apliquen de manera uniforme; pero esa uniformidad puede quedar comprometida si frente a esas normas supranacionales se esgrimen y hacen prevalecer en algunos casos –en virtud del principio de «protección más alta»– normas internas en materia de derechos que además difieren entre sí<sup>79</sup>. Por supuesto, desde un ordenamiento supranacional cuya razón de ser va ligada a la provisión de ciertos bienes colectivos en condiciones como las indicadas, se pueden aceptar excepciones a la uniformidad en su aplicación cuando se entienda que en cierto tipo de supuestos las razones para admitir la diversidad son de más peso que las razones que justifican la exigencia de uniformidad<sup>80</sup>. Pero una de dos: o bien esto se hace sin seguir en realidad criterios de principio reconocibles, de manera puramente ad hoc y al modo de lo que aquí he llamado «pluralismo radical»; o bien, por el contrario, requiere la articulación de principios bien definidos para la distribución de la autoridad legítima en la esfera pública global que han de ser necesariamente más complejos que el mero principio del «nivel de protección más alto».

Y todo ello, por supuesto, a condición de que estuviese suficientemente claro qué quiere decir «nivel de protección más alto». Pero es que me parece que ni siquiera lo está. Se ha señalado con alguna fre-

---

<sup>79</sup> Se ha sugerido que en el ámbito comunitario el problema se podría resolver de una forma relativamente sencilla: bastaría –se ha dicho– con que el Tribunal de Justicia europeo identificara el estándar de protección más alto entre los sostenidos por los distintos Estados miembros y lo adoptara para su interpretación de los derechos garantizados por el ordenamiento comunitario, con lo que conseguiría a la vez la mayor protección de los derechos y la aplicación uniforme de las normas comunitarias (vid. BESSELINK, 1998: 670-671). La propuesta fue criticada de inmediato por varias razones, entre las cuales la más decisiva pasaba por poner en duda que la idea misma de «nivel de protección más alto» fuese tan clara como se estaba presuponiendo: vid. WEILER, 1999: 109-112. Me referiré enseguida a este tipo de crítica.

<sup>80</sup> El Tribunal de Justicia europeo, por cierto, ha aceptado ya en una serie de ocasiones quebras de la aplicación uniforme del derecho comunitario por respeto a la identidad constitucional de un Estado: vid. por ejemplo, las sentencias *Familiapress*, asunto C-368/95, de 26 de junio de 1997; *Omega*, asunto C-36/02, de 14 de octubre de 2004; *Liga Portuguesa*, asunto C-42/07, de 8 de septiembre de 2009; o *Comisión c. Polonia*, asunto C-165/08, de 16 de julio de 2009. En casos como esos se supone que el Tribunal ha entendido que las razones para respetar la diversidad prevalecían sobre las razones para asegurar la uniformidad: otra cosa es que tras decisiones como estas puedan discernirse o no criterios de principio verdaderamente coherentes.

cuencia que, para empezar, no está de ninguna manera claro qué sistema asegura «una mayor protección» en supuestos de colisión de derechos, en los que brindar una protección mayor a uno de ellos implica naturalmente una protección menor del otro<sup>81</sup>. Pero hay quien, aun admitiendo esto, sostiene todavía que ello no hace del todo inoperante el criterio del nivel de protección más alto. Porque aun resultando inservible en supuestos de colisión del derecho de una persona con el derecho de otra, sí que nos ofrecería una guía clara para decidir qué ordenamiento ha de prevalecer cuando lo que esté en juego sean exigencias del individuo frente al poder público (de que éste no intervenga en su esfera de actuación o de que emprenda acciones positivas en su favor): en esos supuestos –se dice– habría que considerar siempre que el sistema que asegura el «nivel de protección más alta» es «el que mayor grado de exigencias presente a favor precisamente del individuo y no del poder público»<sup>82</sup>.

Pero ni siquiera con esta restricción me parece que el principio del «nivel de protección más alto» esté en condiciones de operar como el tipo de regla de colisión que necesita un pluralismo ordenado. Creo que hay que evitar la falacia de dar por supuesto que es más protector el sistema que reconoce «más derechos», que les da «mayor extensión» o, por decirlo gráficamente, aquel que emplace más cosas dentro de la esfera de lo indecible. Si hay razones para sostener que algo no debería estar incluido en dicha esfera (supuestos derechos que en realidad no deberían reconocerse a los individuos, derechos a los que se da una extensión que en realidad no debería darse), incluirlo no hace al sistema más protector, sino indebidamente protector. No hay que pensar sólo en los casos de conflictos de derechos para decir que todo derecho tiene un alcance justificado y que extenderlo más allá de ese punto no representa una protección mayor, sino una protección indebida. Basta con asumir que la idea de «reconocer un derecho» implica afirmar que cierto interés de una persona es tan importante como para justificar la imposición de deberes sobre otros: pero no de cualesquiera deberes –y mucho menos, claro está, de deberes ilimitados–, sino precisamente de los que justifique la importancia y valor de aquel interés<sup>83</sup>. Esto quiere decir, me parece, que la protección de los

---

<sup>81</sup> Lo señalan WEILER, 1999: 111; NEUMAN, 2003: 1886; LUCIANI, 2006: 1660-1661; TORRES PÉREZ, 2009: 62; o ALONSO GARCÍA, 2012: 390-391. Por acudir a un ejemplo socorrido pero creo que representativo, no estaría en absoluto claro si con su sentencia *Von Hannover c. Alemania*, de 24 de junio de 2004 («caso Carolina de Mónaco»), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estaba ofreciendo «un nivel de protección más alto» de los derechos que el que habían brindado los tribunales alemanes: el TEDH entendió que estos habían dado una protección *excesiva* a la libertad de información e *insuficiente* al derecho a la intimidad; los tribunales alemanes, por supuesto, sostenían exactamente lo contrario.

<sup>82</sup> ALONSO GARCÍA, 2012: 390.

<sup>83</sup> Un planteamiento que sintetiza de manera muy esclarecedora Andrei Marmor diciendo que la idea de *límites* de los derechos no tiene que ser relacionada necesariamente con la posibilidad de conflictos de derechos, porque cada derecho tendría su

derechos no es nunca verdaderamente mayor si es indebidamente extensa, lo que es tanto como decir que no será realmente mayor si no es la protección correcta<sup>84</sup>. Pero la fuente de nuestros problemas es la existencia de desacuerdos entre los distintos niveles de decisión acerca de cuál es la protección correcta de los derechos: y por eso, justamente, la adopción como regla de colisión entre ordenamientos concurrentes del principio del nivel de protección más alto no está en condiciones de asegurar, por sí sola, el grado de coherencia y unidad que requiere un pluralismo ordenado como forma de articular una democracia constitucional multinivel.

Así que, en suma, ni el principio de subsidiariedad ni el del nivel de protección más alto nos dan en realidad lo que verdaderamente necesitamos: criterios para la distribución en la esfera pública global de la autoridad legítima para decidir acerca del contenido y alcance de los derechos. Y reclamar esos criterios no es sino formular una vez más la recurrente pregunta por el quién debe decidir,

---

propio límite *interno*: *vid.* MARMOR, 1997: 10. Y por supuesto habría intereses que no justificarían en absoluto la imposición de deberes sobre otros, lo que implica que no deberían dar lugar al reconocimiento de un derecho.

<sup>84</sup> Un ejemplo puede resultar útil. En su Auto 86/2011, de 9 de junio, el Tribunal Constitucional español ha planteado, por primera vez en su historia, una cuestión prejudicial ante el TJUE. El problema tiene su origen en la solicitud, a través de una orden europea de detención y entrega, de que se entregue a Italia a un ciudadano italiano para el cumplimiento de la pena a la que había sido condenado por un tribunal de Ferrara en su ausencia (siendo relevante destacar que su falta de presencia en el juicio fue voluntaria, que aunque no estuvo presente pudo designar abogados libremente, estos recibieron todas las notificaciones procesales y pudieron ejercer plenamente la defensa). La cuestión que se plantea es qué estándar de protección es aplicable en relación al derecho a un proceso justo. Desde el punto de vista del ordenamiento español (STC 91/2000, de 30 de marzo, con voto particular del magistrado Cruz Villalón), *toda* entrega para el cumplimiento de una pena consecuencia de un juicio en ausencia vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías si el reclamado ya no tiene posibilidad de recurrir la condena. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH *Sejdovic c. Italia*, de 1 de marzo de 2006), por el contrario, no hay vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, incluso no existiendo ya posibilidad de recurrir la condena tras la entrega, si la ausencia en el juicio del reclamado fue voluntaria y fue defendido en juicio de manera efectiva por un abogado designado por él. Y en el ámbito comunitario, a tenor de la Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero, no cabe denegar la entrega si el condenado tuvo conocimiento del proceso, fue informado de que podría dictarse una sentencia condenatoria en caso de incomparecencia y su ausencia fue voluntaria, aunque no fuese representado por abogado porque no lo designó. Ante semejante situación de disparidad de criterios, hay quien da por supuesto que el ordenamiento que presta un «nivel de protección más alto» es el español (*vid.* por ejemplo, PÉREZ MANZANO, 2012: 314, 323, 328), pero no me parece tan obvio que sea así: ciertamente es el que conducirá a denegar la entrega en *más* supuestos, pero no veo por qué no podría decirse que el estándar español da una protección *indebidamente amplia* al derecho y que son, por ejemplo, el estándar italiano y el del TEDH los que le aseguran la protección que debe tener (que es, por cierto, lo que en la propia sentencia 91/2000 del Tribunal Constitucional español, recaída en un supuesto en el que también estaba involucrado un condenado en ausencia en Italia, sostuvo el magistrado que suscribió el voto particular discrepante).

que la perspectiva de Ferrajoli deja obstinadamente en la sombra. Un balance de la imponente construcción de Ferrajoli en *Principia iuris* debe reconocer como mérito indiscutible el haber tomado en serio la importancia que para el presente y el futuro del constitucionalismo reviste el progresivo desvanecimiento de la divisoria entre el derecho interno y los ordenamientos supranacionales y el haber subrayado la urgencia de diseñar una estructuración adecuada para la esfera pública global. Pero también debe señalar, me parece, que el obstáculo más importante que le ha impedido llevar el empeño a buen puerto anida en realidad en las bases mismas de su modo de concebir el constitucionalismo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, B., 1997: «The Rise of World Constitutionalism», *Virginia Law Review*, 83: 771-797.
- ALÁEZ CORRAL, B., 2012: «Soberanía estatal, supremacía constitucional e integración europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán», *Teoría y realidad constitucional*, 30: 359-385.
- ALONSO GARCÍA, R., 2012: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 3.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Aranzadi.
- ANASTASIA, S., 2011: «Pluralità e pluralismo degli ordinamenti nella teoria del diritto e della democrazia di Luigi Ferrajoli», en ANASTASIA (ed.), 2011: 79-91.
- ANASTASIA, S. (ed.), 2011: *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli.
- AVBELJ, M. y J. KOMÁREK (eds.), 2008: «Four visions of Constitutional Pluralism-Symposium Transcript», *European Journal of Legal Studies*, 2: 325-370.
- 2012: *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford-Portland, Hart.
- BAQUERO CRUZ, J., 2008: «The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement», *European Law Journal*, 14: 389-422.
- BARBER, N., 2006: «Legal Pluralism and the European Union», *European Law Journal*, 12: 306-329.
- BARENTS, R., 2009: «The Precedence of EU Law from the Perspective of Constitutional Pluralism», *European Constitutional Law Review*, 5: 421-446.
- 2012: «The Fallacy of European Multilevel Constitutionalism», en AVBELJ y KOMÁREK (eds.), 2012: 153-183.
- BAYÓN, J.C., 2004: «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en J. Betegón *et al.* (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 67-138.
- BESSELINK, L., 1998: «Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union», *Common Market Law Review*, 35: 629-680.

- BOGDANDY, A. VON, 2008: «Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law», *International Journal of Constitutional Law*, 6: 397-413.
- BOGDANDY, A. VON, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREL y M. SMRKOLJ, 2012: «Reverse Solange: Protecting the Essence of Fundamental Right Against EU Member States», *Common Market Law Review*, 49: 489-520.
- BROWN, G.W., 2012: «The Constitutionalization of What?», *Global Constitutionalism*, 1: 201-228.
- BUCHANAN, A. y R. POWELL, 2008: «Constitutional Democracy and the Rule of International Law: Are They Compatible?», *Journal of Political Philosophy*, 16: 326-349.
- BÚRCA, G. DE y J.H.H. WEILER (eds.), 2012: *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge-New York, Cambridge University Press.
- BUSTOS GISBERT, R., 2005: *La constitución red: Un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Oñati, IVAP.
- 2012: «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 95: 13-63.
- CAROZZA, P., 2003: «Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law», *American Journal of International Law*, 97: 38-79.
- CASSESE, S., 2009: *I tribunali di Babele: I nuovi giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli.
- CELANO, B., 2001: «Justicia procedimental pura y teoría del derecho», *Doxa*, 24: 407-427.
- CHANG, W.-C. y J.-R. YEH, 2012: «Internationalization of Constitutional Law», en ROSENFELD y SAJÓ (eds.) 2012: 1165-1184.
- COHEN, J., 2012: *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge-New York, Cambridge University Press.
- COOTER, R., 2000: *The Strategic Constitution*, Princeton, Princeton University Press.
- CRUZ VILLALÓN, P., 2004: *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta.
- DAVIES, G., 2006: «Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time», *Common Market Law Review*, 43: 63-84.
- 2012: «Constitutional Disagreement in Europe and the Search for Pluralism», en AVBELJ y KOMÁREK (eds.), 2012: 269-283.
- DELMAS-MARTY, M., 2006: *Un pluralisme ordonné (Les forces imaginantes du droit: volume 2)*, Paris, Éd. du Seuil.
- DIGGELMANN, O. y T. ALTWICKER, 2008: «Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism», *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, 68: 623-650.
- DOBNER, P. y M. LOUGHLIN (eds.), 2010: *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press.
- DORSEN, N. (ed.), 2005: «The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer», *International Journal of Constitutional Law*, 3: 519-541.
- FASSBENDER, B., 2005: «The Meaning of International Constitutional Law», en R. St.J. Macdonald y D.M. Johnston (eds.), *Towards World Constitu-*

- tionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff: 837-851.
- FERRAJOLI, L. [2007] 2011: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007; hay t. cast. de P. Andrés Ibáñez, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, por donde se cita.
- 2011: «Dodici questioni intorno a *Principia iuris*», en ANASTASIA (ed.), 2011: 173-213.
- FERRERES COMELLA, V., 1997: *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FØLLESDAL, A., 2011: «The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law», *Jean Monnet Working Paper 12/11*, disponible en <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/11/111201.html>>.
- FOSSUM, J. E. y A. J. MENÉNDEZ, 2011: *The Constitution's Gift. A Constitutional Theory for a Democratic European Union*, Lanham-Plymouth, Rowman & Littlefield.
- GARCÍA ROCA, J., 2010: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters.
- 2012: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *Teoría y realidad constitucional*, 30: 183-224.
- GERARDS, J., 2011: «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», *European Law Journal*, 17: 80-120.
- GOLDSWORTHY, J., 2006: «Questioning the Migration of Constitutional Ideas: Rights, Constitutionalism and the Limits of Convergence», en S. Choudhry (ed.), *Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge-New York, Cambridge University Press: 115-141.
- GRIMM, D., 2010: «The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World», en DOBNER y LOUGHLIN (eds.), 2010: 3-22.
- GUASTINI, R., 2006: *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, Giappichelli.
- HALBERSTAM, D., 2012: «Local, Global and Plural Constitutionalism: Europe Meets the World», en DE BÚRCA y WEILER (eds.), 2012: 150-202.
- HALMAI, G., 2012: «The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation», en ROSENFELD y SAJÓ (eds.) 2012: 1328-1348.
- HART, H.L.A., [1968] 1983: «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», en H.E. Kiefer y M.K. Munitz, eds., *Ethics and Social Justice*, Albany, State University of New York Press; ahora en Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 309-342, por donde se cita.
- HESSLER, K., 2005: «Resolving Interpretive Conflicts in International Human Rights Law», *Journal of Political Philosophy*, 13: 29-52.
- JACKSON, V., 2010: *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford-New York, Oxford University Press.
- KLABBERS, J., A. PETERS y G. ULFSTEIN, 2009: *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- KRISCH, N., 2008: «The Open Architecture of European Human Rights Law», *Modern Law Review*, 71: 183-216.
- 2010: *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press.

- 2011: «Who Is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space», *Ratio Juris*, 24: 386-412.
- 2012: «The Case for Pluralism in Postnational Law», en DE BÚRCA y WEILER (eds.), 2012: 203-261.
- KUMM, M., 1999: «Who Is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?: Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice», *Common Market Law Review* 36: 351-386.
- 2005: «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty», *European Law Journal*, 11: 262-307.
- 2009: «The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State», en J. Dunoff y J. Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge-New York, Cambridge University Press: 258-324.
- 2010a: «The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review», *Law & Ethics of Human Rights*, 4: 141-175.
- 2010b: «The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia», en DOBNER y LOUGHLIN (eds.), 2010: 201-219.
- 2012: «Rethinking Constitutional Authority: On the Structure and Limits of Constitutional Pluralism», en AVBELJ y KOMÁREK (eds.), 2012: 39-65.
- LA TORRE, M., 1999: «Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law», *Ratio Juris*, 12: 182-195.
- LAVRANOS, N., 2008: «Towards a *Solange*-Method between International Courts and Tribunals?», en Y. Shany y T. Broude (eds.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity. Essays in Honour of Prof. Ruth Lapidoth*, Oxford-Portland, Hart: 217-235.
- LEGG, A., 2012: *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press.
- LUCIANI, M., 2006: «Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico», *Giurisprudenza costituzionale*, 51/2: 1643-1668.
- MACCORMICK, N. 1993: «Beyond the Sovereign State», *Modern Law Review*, 56: 1-18.
- 1995: «The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now», *European Law Journal*, 1: 255-266.
- 1999: *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press.
- MARMOR, A., 1997: «On the Limits of Rights», *Law & Philosophy*, 16: 1-18.
- MCCRUDDEN, 2000: «A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 20: 499-532.
- MÖLLERS, C., 2011: «Multi-Level Democracy», *Ratio Juris*, 24: 247-266.
- NEUMAN, G., 2003: «Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance», *Stanford Law Review*, 55: 1863-1900.
- NIJMAN, J. y A. NOLLKAEMPER (eds.), 2007: *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press.

- PÉREZ MANZANO, M., 2012: «El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 95: 311-345.
- PETERS, A., 2006: «Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures», *Leiden Journal of International Law*, 19: 579-610.
- POIARES MADURO, M., 2003a: «Europe and the Constitution: What if This Is as Good as It Gets?», en J.H.H. Weiler y M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press: 74-102.
- 2003b: «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing: 501-537 [hay t. cast. de Álvaro de Elera, con el título «Las formas del poder constitucional de la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos* 119, 2003: 11-55].
- 2012: «Three Claims of Constitutional Pluralism», en AVBELJ y KOMÁREK (eds.), 2012: 67-84.
- POSNER, R., 2008: *How Judges Think*, Cambridge, Mass., Harvard University Press [hay t. cast. de Victoria Roca, *Cómo deciden los jueces*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011].
- ROSENFELD, M. y A. SAJÓ (eds.), 2012: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press.
- ROSENKRANTZ, C., 2003: «Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law», *International Journal of Constitutional Law*, 1: 269-295.
- SHANY, Y., 2006: «Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?», *European Journal of International Law*, 16: 907-940.
- SLAUGHTER, A.-M., 2003: «A Global Community of Courts», *Harvard International Law Journal*, 44: 191-219.
- 2004: *A New World Order*, Princeton, NJ, Princeton University Press.
- SOMEK, A., 2012: «Monism: A Tale of the Undead», en AVBELJ y KOMÁREK (eds.), 2012: 343-379.
- STADEN, A. VON, 2012: «The Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review», *International Journal of Constitutional Law*, 10: 1023-1049.
- TORRES PÉREZ, A., 2009: *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press.
- TRIPODINA, C., 2010: «È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi», en *Costituzionalismo.it*, 2/2010, disponible en <<http://www.constituzionalismo.it/articoli/348>>.
- VERGOTTINI, G. DE, 2010: *Oltre il dialogo tra le Corti: Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino; hay t. cast. de P. J. Tenorio, con Prólogo de J. García Roca, *Más allá del diálogo entre tribunales: Comparación y relación entre jurisdicciones*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010, por donde se cita.
- WAHL, R., 2010: «In Defence of 'Constitution'», en DOBNER y LOUGHLIN (eds.), 2010: 220-242.
- WALKER, N., 2002: «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, 65: 317-359.

- WEILER, J. H. H., 1999: *The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes Have an Emperor?' and Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press.
- WET, E. DE, 2006: «The International Constitutional Order», *International and Comparative Law Quarterly*, 55: 51-76.
- 2012: «The Constitutionalization of Public International Law», en ROSENFIELD y SAJÓ (eds.) 2012: 1209-1230.
- ZUCCA, L. 2012: «Monism and Fundamental Rights», en J. Dickson y P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press: 331-353.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012.

