

Posibilidades y límites de un constitucionalismo mundial ¿Qué queda del constitucionalismo cuando lo globalizamos?

Isabel Turégano Mansilla

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 01.10.2012.

Aceptado: 15.10.2012.

Resumen: El constitucionalismo no aspira a quedarse en un legado consumado sino que se presenta como un programa abierto de futuro. Como afirma FERRAJOLI, más allá de su vocación de garantía de los derechos frente a la actuación de los poderes estatales, su ideología pretende servir, además, a la limitación de cualquier poder, no sólo público, sino también privado; a la garantía de todos los derechos, no sólo los derechos políticos y de libertad, sino también los sociales; y, por último, a todos los niveles, no sólo en el Derecho estatal, sino también en el internacional. Los proyectos cosmopolitas postulan la extensión del modelo constitucional estatal a cualquier sede de poder supranacional. Sin embargo, la realidad jurídica global dista en aspectos fundamentales del modelo constitucionalista. Entre las principales transformaciones se pueden señalar las tres siguientes: crisis de la unidad y supremacía; debilitamiento de la función legislativa o de dirección política y reforzamiento de la actividad ejecutiva y jurisdiccional; y sustitución de un constitucionalismo de los derechos por un constitucionalismo procedimental. La enorme distancia entre la realidad y el modelo en el ámbito global nos hace plantearnos cuál puede ser un modelo jurídico adecuado conforme a los criterios de una justicia global.

Palabras clave: constitucionalismo, cosmopolitismo, pluralismo.

Summary: Constitutionalism does not aspire to become a consummate legacy but is presented as an open program for the future. As stated FERRAJOLI beyond his vocation of warranty of rights on the performance of state power, his ideology also intended to serve to the limitation of any power not only public but also private to guarantee all rights, not only political rights and freedom, but also social, and, finally, at all levels, not only in the state law, but also internationally. Cosmopolitan projects postulate the extension of a constitutional model to any supranational power headquarters. However, the overall legal reality is far in fundamental constitutional model. Among the main changes can be noted the following three: crisis of unity and supremacy; weakening of the legislative or political leadership and strengthening the executive and judicial activity, and replacement of a constitutionalism of rights by procedural constitutionalism. The enormous gap between reality and the model globally make us reflect about what may be an appropriate legal model based on the criteria of global justice.

Key words: constitutionalism, cosmopolitanism, pluralism.

Sumario: 1. La constitucionalización de la esfera global como continuidad del proyecto garantista.—2. Las transformaciones del constitucionalismo en la esfera global.—2.1. Crisis de la unidad y supremacía. El pluralismo constitucional.—2.2. Reforzamiento de la actividad ejecutiva y jurisdiccional.—2.3. De un constitucionalismo de los derechos a un constitucionalismo procedimental.—3. Monismo *versus* pluralismo constitucional global.

1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ESFERA GLOBAL COMO CONTINUIDAD DEL PROYECTO GARANTISTA

El momento presente plantea nuevos retos al modelo constitucionalista que ha tenido un amplio desarrollo desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial. El modelo no se refiere sólo a un modo de estructuración del Derecho y de funcionamiento de la práctica jurisprudencial, sino fundamentalmente a un modo de aproximación a lo jurídico que ha invadido gran parte de nuestra cultura jurídica y sobre la que han teorizado juristas de la talla de Ronald DWORKIN, Robert ALEXY, Gustavo ZAGREBELSKY o Luigi FERRAJOLI, entre otros muchos. El denominado «paradigma constitucionalista» o «neoconstitucionalismo» se presenta como la teoría adecuada para dar cuenta del Derecho que se desarrolla en el Estado constitucional contemporáneo y cuya singularidad radica en la existencia de constituciones con un denso contenido sustantivo orientado a limitar y condicionar el ejercicio del poder y cuya garantía queda encomendada a los jueces. A partir de su reconocimiento como norma jurídica suprema, la Constitución y su contenido normativo de derechos, valores y principios, «inunda, impregna o irradia» todo el conjunto del sistema¹ configurando un modelo material de validez jurídica y convirtiendo a los órganos aplicadores en promotores del modelo axiológico que representa. No es éste un sistema unitario y coherente sino un conjunto plural de valores que no pretenden ser reducidos a un programa exclusivo y cerrado sino que esperan ser salvaguardados simultáneamente en su pluralidad². En este sentido, la Constitución suministra razones justificatorias

¹ PRIETO, L., «El constitucionalismo de los derechos», en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, p. 216.

² Gustavo ZAGREBELSKY se refiere al constitucionalismo actual afirmando que «[e]n el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción – válido para la *scientia juris*– no debería obstaculizar la labor, propia de la *jurisprudencia*, de intentar realizar *positivamente* la «concordancia práctica» de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. «Positivamente»: no, por tanto, mediante la simple amputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto» (ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, p. 16).

plurales y tendencialmente contradictorias que tanto la acción legislativa como la jurisdiccional habrán de armonizar o ponderar en función de las situaciones planteadas.

Esta pluralidad de opciones jurídicas posibles y la racionalidad de las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales se esgrimen como respuesta a la objeción tradicional al constitucionalismo de reducción del poder legislativo a ejecutor de un proyecto axiológico cuya interpretación, en último término, corresponde a un órgano de inferior legitimidad democrática. De la posibilidad de la argumentación racional sobre el peso relativo de los plurales valores del Derecho se hace depender la viabilidad de un poder legislativo capaz de acción política independiente, aunque, conforme a la esencia del constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo XX, jurídicamente vinculado.

El constitucionalismo no aspira sólo a quedarse en una conquista y un legado del pasado sino que se presenta como un programa para el futuro, como el modelo más adecuado desde el que afrontar los desafíos del momento presente. Más allá de su vocación de garantía de los derechos frente a la actuación de los poderes estatales, su ideología pretende servir, además, a la limitación de cualquier forma de poder, no sólo público sino también privado; a la garantía de todos los derechos, no sólo los derechos políticos y de libertad, sino también los sociales; y, por último, a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el internacional. Los más ambiciosos proyectos cosmopolitas actuales postulan la extensión del modelo constitucional más allá del Estado-nación. La flexibilidad y autonomía de los agentes de toda naturaleza que actúan en la esfera global demandaría, como en los orígenes del constitucionalismo contemporáneo, la institucionalización de una estructura jurídica que organizara el ejercicio de todas las instancias de poder y lo sometiera a límites de acuerdo con lo dispuesto en normas supremas de alcance mundial.

Quienes reclaman este constitucionalismo mundial apelan con ello, en definitiva, a que el modelo de ordenación del espacio global esté presidido por el Derecho, un Derecho público cosmopolita, basado en un «pacto global»³ y orientado a la garantía de los derechos humanos como ley universal del más débil⁴. La universalización del Derecho constitucional implica su transformación en Derecho global, en el que los derechos humanos se convierten en derechos fundamentales globales.

En general, los defensores de un constitucionalismo mundial abogan por extender el esquema organizativo que los Estados han empleado para asegurar la paz interna y la garantía de los derechos a las nuevas sedes de poder internacional⁵. Tal esquema consiste, en primer lugar, en la vigencia de una es-

³ HELD, D., *Un pacto global*, Taurus, Madrid, 2005.

⁴ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

⁵ HELD, D., *La democracia y el orden global*, Paidós, Barcelona, 1997.

estructura normativa común que enuncie los principios de la ética democrática y vincule a los diferentes dominios de poder político, social y económico, considerando que un marco normativo es una condición necesaria para el desarrollo de una acción política y jurídica legítima en cualquier nivel. En segundo lugar, la reforma democrática de los organismos internacionales de toma de decisiones políticas, en el sentido de sustituir progresivamente la representación exclusivamente estatal por una representación de los pueblos y los individuos. Y, en tercer lugar, la instauración de las garantías jurídicas necesarias para hacer efectivos los derechos, colmando, en la terminología de FERRAJOLI, la *laguna* teórica que supone el reconocimiento internacional de derechos y la ausencia de garantías para hacerlos efectivos. El cambio fundamental que opera esta versión del constitucionalismo radica en el *locus* apropiado para la articulación de los principios constitucionales, pero continúa con los postulados básicos de la tradición del pensamiento constitucional y democrático de la teoría política moderna.

El problema, sin embargo, es que el paradigma de la democracia constitucional es un modelo normativo que tiene en nuestros días un alto grado de ineffectividad en el seno de los propios Estados. La cuestión es mucho más compleja que la de ampliar un modelo ya asentado a un contexto más amplio. En nuestros días son muchos los signos de deconstitucionalización de los sistemas políticos estatales⁶. FERRAJOLI muestra una relación amplia de aquellos relacionados con la pérdida de las garantías de la democracia, como la desregulación de poderes privados con gran capacidad de condicionamiento de las decisiones políticas, la progresiva confusión y concentración de poderes, los problemas de la representación, la falta de garantías para una información independiente capaz de generar una opinión pública crítica, la crisis de la participación política, la fragmentación social y el crecimiento de las desigualdades. Pero también puede hablarse de deconstitucionalización en el sentido formal de flexibilización efectiva de los procedimientos para las grandes reformas jurídicas, tales como los cambios no debatidos de la constitución; el abuso del empleo de fuentes del Derecho excepcionales y limitadas, como el decreto ley; el abandono de las garantías reforzadas de la ley orgánica en las materias fundamentales; o la adopción de decisiones políticas por cauces informales y al margen del Parlamento. Los problemas de la constitucionalización de la esfera global no son, sin más, el consecuente en un nivel superior de la consolidación de las democracias nacionales sino problemas que se solapan y confunden con los que éstas siguen planteando.

En la mayoría de los casos, los fenómenos de deconstitucionalización responden al riesgo de aislamiento comercial y financiero de los Estados, que necesitan obtener recursos para su política interna, insertos en una trama de poderes e intereses constituida por los agentes económicos globales que dificulta el establecimiento de objetivos a largo plazo o proyectos comunes para el desarrollo y la

⁶ En este sentido, FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.

distribución. En este sentido, se habla de un «nuevo constitucionalismo» para referirse al reflejo en las Constituciones nacionales de la reestructuración global de las fuerzas económicas, confiriendo derechos especiales y participación a las corporaciones económicas y los grandes inversores. El dominio de los agentes económicos globales restringen, de este modo, las formas democráticas nacionales⁷.

En este contexto, no se puede por más tiempo seguir considerando independientes las cuestiones de justificación de las democracias nacionales y la cuestión de la democracia global. Una visión compleja de la democracia, para la que ésta no consiste sólo en un procedimiento de toma de decisiones sino que implica ciertos derechos y garantías y presupone cierto sentido cívico y compromiso político de la ciudadanía, debería favorecer una visión complementaria de ambas cuestiones. Las perspectivas de las instituciones democráticas en el futuro no pueden analizarse al margen del desarrollo de la esfera global. Propiamente la distinción entre sistema nacional e internacional no debería presentarse como una relación dialéctica, sino más bien como un continuo con un fin común. Las estructuras regionales y globales pueden reforzar los déficits funcionales o de legitimidad de las instituciones estatales, al tiempo que la conciencia de unidad de los movimientos sociales de protesta pueden ser los que desencadenen un consenso, tanto hacia el interior como hacia el exterior, sobre objetivos sociales básicos.

2. LAS TRANSFORMACIONES DEL CONSTITUCIONALISMO EN LA ESFERA GLOBAL

Las dificultades para el desarrollo del modelo constitucionalista global no son sólo empíricas sino también teóricas y técnicas. No es sólo la falta de voluntad política para la plena organización del aparato institucional y procedimental necesario para convertir la Carta de Naciones Unidas y las Declaraciones de derechos en una Constitución efectiva. No se trata tampoco solamente de las transformaciones operadas en el modo de adoptar decisiones de las instituciones políticas nacionales y supranacionales y la capacidad de influencia sobre ellas –o de desvinculación de las mismas– de plurales agentes privados. La cuestión es, fundamentalmente, una cuestión normativa relativa a la opción por un monismo o un pluralismo constitucional.

La realidad jurídica global es indudablemente una realidad plural. La constitucionalización de la esfera supranacional ha tenido hasta ahora un papel integrador, regulador de una realidad jurídica compleja en la que conviven órdenes jurídicos diversos organizados en torno a criterios de coordinación y subsidiariedad⁸. Este proceso dista en aspectos relevantes del modelo consti-

⁷ Vid. GILL, S., «New Constitutionalism, Democratisation and Global Political Economy», *Pacifica Review*, 10, 1, febrero 1998, pp. 23-38.

⁸ JÁUREGUI, G., «Del Estado nacional a la democracia cosmopolita: Política y Derecho en la era global», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36, 2002, p. 148.

tucionalista que ha imperado en los Estados desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. Entre las principales transformaciones se pueden señalar las tres siguientes: crisis de la unidad y supremacía; debilitamiento de la función legislativa o de dirección política y reforzamiento de la actividad ejecutiva y jurisdiccional; y sustitución de un constitucionalismo de los derechos por un constitucionalismo procedimental.

2.1. Crisis de la unidad y supremacía. El pluralismo constitucional

Por lo que se refiere a la primera de las transformaciones, los procesos vinculados a la globalización no responden a una lógica interna, sea ésta económica, cultural o política, sino a la dinámica de una pluralidad de subsistemas sociales que aspiran a desarrollarse al margen de los límites estatales. El Derecho supranacional o global no surge sólo de las relaciones interestatales sino de la pluralidad de prácticas colectivas, procesos de tecnificación y especialización, redes sociales o culturales, o agentes económicos diversos. Las constituciones estatales no pueden ya atribuirse la supremacía jerárquica de la que depende todo el universo jurídico, puesto que están circundadas por una realidad normativa plural y compleja (declaraciones de derechos infra y supraestatales, acuerdos y pactos mercantiles privados y descentralizados, autorregulación de actividades profesionales o deportivas, decisiones de instituciones y agencias internacionales, etc.).

Conceptos propios de la tradición constitucional, tales como el de poder constituyente, jerarquía o soberanía, conforme a los que el pacto constituyente funda un nuevo régimen jurídico que anula cualquier otra pretensión de autoridad político-jurídica, resultan inapropiados para dar cuenta de una realidad de sedes plurales y autónomas con capacidad de dominio e influencia en las decisiones públicas. Lejos de la lógica jerárquica y unitaria que subyace a aquellos conceptos, esta realidad inspira modelos de autoridad no excluyente para los que las potestades de cada una no pretenden agotar las identidades, alianzas y aspiraciones de los miembros o asociados. Se habla, así, de una autonomía sin exclusividad⁹, conforme a la que la actuación de cada agente se entrelaza e interactúa de formas variables con la de otros sin que pueda hablarse propiamente de subordinación ni de delegación de poderes. En el ideario posmoderno, se dibuja el paisaje de una «constelación postnacional» integrada por una pluralidad de sectores sociales presididos por lógicas distintas; esto es, de una autoorganización sistémica.

En el universo jurídico se entrecruzan una serie de procesos, relaciones y regulaciones informales con pretensiones e intereses inconmensurables, nin-

⁹ CHAYES, A. & CHAYES, H. A., *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, Cambridge, 1998; COHEN, J. L., «Sovereignty in the Context of Globalization: A Constitutional Pluralist Perspective», en BESSON, S. y TASIOLAS, J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 261-280.

guno de los cuales se arroga en exclusiva la formación e interpretación del discurso jurídico. En este contexto se genera un discurso constitucionalista pluralista que amplía el número de sujetos y procesos constitucionales. Se asume que los diversos sectores sociales globales tienen un potencial, no sólo de autorregulación, sino de autoconstitución, esto es, de producción autónoma de su constitución sectorial¹⁰. En cuanto independiente del proceso político, esta tesis maneja un sentido distinto de constitucionalismo, al que concibe no tanto en su versión garantista de limitación del poder cuanto como regla de reconocimiento de la normativa vigente en esas sedes autónomas o base para la interacción o negociación entre agentes diversos. Neil WALKER piensa que sólo una reconceptualización del constitucionalismo puede permitir captar la variedad de posibilidades constitucionales que se abren en el contexto global. En general, los rasgos que definen el pluralismo constitucional se podrían resumir en los siguientes: a) Se parte de un concepto de sociedad mundial fragmentada, heterogénea e incapaz de acción colectiva unitaria; una sociedad desjerarquizada que sólo puede ser constitucionalizada en sus fragmentos, esto es, en ámbitos sociales sectoriales; b) el Derecho global actual no existe como unidad, sino como multiplicidad de sistemas jurídicos nacionales, internacionales y regímenes jurídicos definidos sectorialmente, cada uno de ellos productores de constituciones separadas; y c) no cabe esperar la integración de las constituciones parciales en un constitución política de conjunto pero sí posibles conexiones formales entre ellas¹¹.

Las tesis del pluralismo constitucional presentan un indudable aspecto descriptivo que se corresponde con una tendencia real apreciable desde la perspectiva global. La constitucionalización de la sociedad mundial no se está produciendo sólo desde las instituciones políticas internacionales, como tampoco exclusivamente desde la interacción descentralizada interestatal ni desde la actividad de agentes económicos, profesionales o sociales privados. Los elementos jurídico-constitucionales globales se están generando en una multiplicidad de sedes autónomas pero entrelazadas. Este contexto plural ha dado ocasión al pensamiento posmoderno para evidenciar la formación de un cons-

¹⁰ Puede verse, en este sentido, TEUBNER, G., (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth Publishing Co., Aldershot, 1997; LADEUER, K. H., «Towards a Legal Theory of Supranationality. The Viability of the Network Concept», *European Law Journal*, 3, 1997; SHAW, J., «Process and Constitutional Discourse in the European Union», *Journal of Law and Society*, 27, 1, 2000; WALTER, C., «Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law», *German Yearbook of International Law*, 44, 2001; WALKER, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, 65, 3, 2002; JOERGES, CH., SAND, I. J., TEUBNER, G. (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

¹¹ TEUBNER, G., «Globalización y constitucionalismo social: Alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado», en GÓMEZ-JARA, C. (coord.), *Teoría de sistemas y Derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Lima: Ara, 2005, pp. 118-119.

titucionalismo cuya función no se agota en la limitación del poder político y la garantía de las libertades individuales, sino que, sobre todo, pretende avalar la diversidad social sin someterla a un orden autoritario único. Y pretende hacer de esa tendencia un modelo más adecuado de constitucionalismo para la sociedad global, conforme al que la preocupación tradicional por evitar la dominación se entiende como necesidad de preservar la autonomía de diversos sectores sociales.

Pero, de este modo, se ha dado un paso de una tesis pluralista descriptiva a otra normativa para la que cada uno de los ámbitos en los que actualmente se produce un proceso de constitucionalización se legitima internamente conforme a criterios de eficiencia o de racionalidad específica del sistema. Este modelo intersistémico de organización de la sociedad mundial supone una propuesta de gobernanza en la que la autoridad se dispersa en formas diversas de poder, ninguna de las cuales monopoliza la articulación de las decisiones públicas ni el control de su ejecución. En muchos casos, esta idea de gobernanza presupone una concepción negativa de la capacidad de las instituciones formales para alcanzar los fines sociales por su falta de representatividad, la excesiva burocracia, su carácter electoralista, los déficits presupuestarios o su incapacidad técnica. La pluralidad de sistemas sociales funcionales maximiza las oportunidades de las personas y agentes globales de influir en las condiciones que afectan a su vida o actividad y permite atender la creciente singularidad de los conflictos, siendo, por ello, un modelo más inclusivo y sostenible que el tradicional gobierno estatal. Estas premisas son las que están en la base de la tendencia de nuestras actuales estructuras jurídico-formales y nuestra cultura jurídica hacia modelos menos formalistas y constitucionales, en favor de la autoorganización y la coordinación descentralizada.

2.2. Reforzamiento de la actividad ejecutiva y jurisdiccional

Las dificultades para organizar la democracia en el ámbito global han reforzado la eficacia de las decisiones técnicas y ejecutivas a costa de las decisiones legislativas. El déficit democrático de las instituciones internacionales refuerzan la proliferación de organizaciones regidas por conocimientos técnicos y fines puramente ejecutivos. Como afirmara HABERMAS, la ciencia y la técnica se convierten en ideología¹² que oculta el hecho de que las regulaciones implican decisiones normativas y producen consecuencias sociales que no se reducen a criterios objetivos de racionalidad científica.

Además, el constitucionalismo mundial refuerza aún más la función del juez. Por una parte, porque las propuestas de este modelo consideran que lo definitorio del mismo no es tanto un órgano democrático internacional de decisión cuanto la institucionalización de los instrumentos de garantía de los derechos. Luigi FERRAJOLI no considera probable la reproducción de la forma

¹² HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como «ideología»*, Tecnos, Madrid, 1984.

estatal de organización política en la esfera internacional y aboga por la introducción de técnicas e instituciones de garantía, separadas de las políticas y dirigidas a la comprobación imparcial del respeto a los derechos y su tutela efectiva. A partir de su concepción de los derechos como normas en las que ya están implícitas las obligaciones correlativas que sólo esperan ser administradas por el intérprete, FERRAJOLI aboga por una esfera pública internacional presidida por instituciones de garantía¹³. «Está claro», afirma el autor, «que la construcción de un orden mundial informado por los principios del Estado de Derecho requiere la creación, a nivel internacional, antes que de funciones y de instituciones de gobierno –que refiriéndose a la esfera de la discrecionalidad política y obteniendo su legitimación de la representatividad política, está bien que sigan siendo competencia de los Estados nacionales-, de funciones e instituciones de garantía»¹⁴.

Y, por otra parte, porque muchas propuestas de Derecho global atribuyen al juez la compleja función de componer la unidad y coherencia de un sistema a partir de la pluralidad de niveles normativos. El modelo de juez que hoy se requiere difiere de los modelos formalistas y antiformalistas heredados de la tradición jurídica y desempeña un papel mediador de la pluralidad de discursos interconectados de muy diverso alcance que conviven en el universo jurídico. Sólo mediante la labor activa del jurista, especialmente el juez, se puede superar una realidad fragmentada que exige un vehículo de comunicación entre órdenes diversos.

Ambas tendencias prolongan en el ámbito global una de las objeciones que se le hacen a la democracia constitucional actual: su incapacidad para generar un discurso público amplio, que incluya la complejidad y potencialidad de la pluralidad social. Las decisiones técnicas y ejecutivas y un modelo reforzado de juez se anteponen, así, a la institucionalización de procedimientos democráticos que hagan posible un discurso político global y amplíen el número de agentes con capacidad para influir en la toma de decisiones. Pero el problema de la justicia global no es sólo el problema de la garantía de ciertas condiciones básicas para todo ser humano sino también un problema de dominación y hegemonía de ciertos agentes en la definición de los principios y reglas conforme a los que se consideran satisfechas tales condiciones. Por ello, una teoría de la justicia global no puede ser independiente de una teoría de la autoridad y la democracia que establezca procedimientos para la adopción de decisiones colectivas. La autoridad de la normativa transnacional y su fuerza prescriptiva dependen de su articulación en un proceso que haga creíble su fundamento democrático y plural.

¹³ FERRAJOLI, L., «¿Democracia sin Estado?», en *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 137-150.

¹⁴ FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, ed. de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, p. 320.

2.3. De un constitucionalismo de los derechos a un constitucionalismo procedimental

En ocasiones se habla de regulación de lo global en un sentido formal de reglas y procedimientos que favorezcan la interacción de todos los agentes. Algunas vías de reconceptualización del constitucionalismo ofrecen un modelo integrador de la pluralidad en el que los distintos sistemas normativos se compensen mutuamente. Ello supone buscar modos de reconciliar la diversidad al margen de la reflexión acerca de un modelo ideal de democracia supranacional. El problema constitucional central, por tanto, no obedece a un interés teórico sino pragmático, el de hacer que convivan tradiciones y órdenes diferentes, coordinando las funciones y competencias recíprocas y supervisando y delimitando la autorregulación. El Derecho constitucional no aparece como un orden jurídico autosuficiente y excluyente, sino un modelo procedimental que sienta las bases para la resolución de los conflictos entre normas¹⁵.

Es la idea que está en la base de la teoría de la síntesis constitucional o de la tolerancia constitucional. La primera concibe las normas constitucionales supranacionales como síntesis de las tradiciones constitucionales nacionales con la estructura común y los objetivos de la integración, existiendo una identidad sustancial entre las normas supranacionales y las estatales. La primacía del Derecho supranacional es sólo formal, en la medida en que los ordenamientos nacionales son sustantivamente supremos¹⁶. Conforme a la segunda argumentación, la disposición de los órdenes estatales a incorporar normas que no son el producto de la voluntad política de su comunidad sino la expresión agregada de las voluntades de otras comunidades es fruto de su compromiso con el principio de tolerancia constitucional. Conforme al mismo, se está dispuesto a anteponer las soluciones normativas que se van definiendo en un diálogo común continuado entre comunidades diversas sobre la voluntad normativa propia¹⁷. Esta propuesta parte de la preferencia, e incluso ide-

¹⁵ JOERGES, CH., «Integration through Conflicts Law: On the Defence of the European Project by Means of Alternative Conceptualisation of Legal Constitutionalisation», en NICKEL, R. (ed.), *Conflict Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond: Patterns of Supranational and Transnational Juridification*, Arena, Oslo, 2009, pp. 475-500.

¹⁶ MENÉNDEZ, A. J., «Sobre los conflictos constitucionales europeos. Validez del Derecho comunitario y legitimidad democrática de la Unión Europea», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXIV, 2007.

¹⁷ WEILER, J. H. H., «Why Should Europe be a Democracy: The Corruption of Political Culture and the Principle of Constitutional Tolerance», en SNYDER, F., (ed.), *The Europeanisation of Law. The Legal Effects of European Integration*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 213-218; y, del mismo autor, «Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg», en NICOLAIDIS, K., HOWSE, R. (eds.), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford University Press, 2001, pp. 54-70.

alización, de la pluralidad y fragmentación vigentes, en la que ningún agente particular tiene la última palabra, sobre la consolidación de un marco jurídico estable que distribuyera competencias y resolviera conflictos. Es en la conversación de muchos actores en una comunidad interpretativa constitucional, y no en una estructura jerárquica con un Tribunal en su cúspide, en la que debe producirse la normativa constitucional.

A la idea de tolerancia constitucional, así como al resto de concepciones procedimentalistas del constitucionalismo global, subyace la pretensión de que la comunidad política supranacional coexista con el resto de niveles de gobierno y que la constitución global tenga como objetivo organizar las relaciones entre ordenamientos distintos sin otorgar prioridad a ninguno de ellos. La finalidad no es integrar en una estructura institucional común todos los centros de poder normativo sino lograr la pacífica coexistencia de ordenamientos plurales. A tales modelos se contraponen los intentos teóricos de conferir primacía al orden global, atribuyendo a éste la función de determinar los principios estructurales y sustantivos básicos en cuyo marco se integren el resto de sistemas normativos. Correspondería al Derecho constitucional global asignar competencias, definir los procesos de toma de decisiones globales y establecer límites sustantivos a éstos. A la teoría de la primacía del Derecho global subyace la tesis normativa de que sólo un Derecho constitucional común puede lograr la integración de la sociedad global haciendo efectivo el principio de igualdad.

3. MONISMO *VERSUS* PLURALISMO CONSTITUCIONAL GLOBAL

El proceso de constitucionalización global que se viene dibujando con estos rasgos va haciendo desaparecer el carácter fijo o definitivo de la estructura constitucional estatal, que se flexibiliza para adaptarse a una difusa estructura global. El concepto tradicional de soberanía resulta insuficiente o inadecuado para dar cuenta de la posición de los Estados, salvo que sea reformulado en algunos de sus caracteres básicos. La cultura jurídica de un constitucionalismo global no puede asumir la soberanía como inmunidad o independencia absoluta, sino como autonomía o capacidad para desarrollar sus funciones básicas y como responsabilidad en la protección de sus miembros y en la promoción de las condiciones para una comunidad político-jurídica internacional¹⁸. Ambos caracteres no son excluyentes ni exclusivos de un agente global, sino que se refuerzan en la mutua cooperación. Una nueva soberanía estatal, cuyas prerrogativas son redefinidas conforme a principios de una justicia global, puede seguir ocupando un espacio central, pero no exclusivo, en la esfera internacional.

¹⁸ Sobre la redefinición de la soberanía como responsabilidad, vid. SLAUGHTER, A. M., «Security, Solidarity and Sovereignty: The Grand Themes of UN Reform», *American Journal of International Law*, 99, 2005, pp. 627-630.

Esta perspectiva pluralista que pretende seguir justificando la soberanía estatal en el marco de una diversidad de identidades y adscripciones no se presenta sólo como la versión empíricamente más adecuada para dar cuenta de los cambios en el orden mundial contemporáneo, sino que también se ofrece como normativamente preferible desde un punto de vista constitucional¹⁹. Por una parte, el estado embrionario del proceso de constitucionalización global y sus graves déficits democráticos y de garantías impiden por ahora una legitimación absoluta de la acción internacional que restrinja plenamente la soberanía estatal. La invocación de los valores y principios jurídicos internacionales encubren en muchos casos actuaciones estratégicas o intervenciones arbitrarias que sirven a intereses espurios de los Estados más fuertes. Una organización política mundial supondría una concentración excesiva del poder sin controles externos. Pero, por otra parte, el monopolio estatal de la producción jurídica no sólo es irreal sino un obstáculo para la garantía internacional de los derechos humanos. A pesar de la existencia de razones autónomas en favor del mantenimiento de la especial relación entre el ciudadano y el gobierno estatal, el constitucionalismo global puede servir para garantizar el compromiso de los Estados con un modelo de legitimidad cosmopolita, conforme al que tienen responsabilidades internas y externas. Al tiempo que los Estados pueden contribuir a evitar que el poder internacional se convierta en un poder despótico, promoviendo la organización formal y sustantiva de un Derecho público global.

En el extremo opuesto, la opción monista muestra que la constitucionalización de la esfera internacional no supone un solapamiento de órdenes diversos sino la primacía del orden global, pero asume que se trata de un proceso que se encuentra inacabado. Desde esta perspectiva, se considera que la opción normativa por el pluralismo responde a una realidad transitoria e imperfecta. La defensa cosmopolita del monismo constitucional muestra los hitos en la constitucionalización del Derecho internacional como «momentos constituyentes» que conducirán sucesivamente a un orden jurídico global. Los pasos en favor de este proceso han conformado un sistema deficitario pero ya establecido que supone el alejamiento gradual de la idea de soberanía estatal²⁰. El concepto de soberanía sólo podría rescatarse si se atribuye en último término al propio Derecho internacional que dota a cada sistema normativo de validez y hace posible la coexistencia de plurales sujetos normativos. El igual status de los diversos órdenes dejados autónomamente dificultaría su mutuo reconocimiento y respeto. La opción, escribió Kelsen, por uno u otro modelo supone la elección entre una ideología internacionalista y pacifista y una ideología nacionalista e imperialista²¹.

¹⁹ En este sentido, COHEN, J. L., «Sovereignty in the Context of Globalization», *cit.*, pp. 261-280.

²⁰ FASSBENDER, B., «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law*, 26, 1998.

²¹ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1958, p. 462.

Optar por un orden internacional constitucionalizado supone hacer desaparecer la soberanía estatal como tal, puesto que no pasaría de ser el conjunto de competencias, obligaciones y derechos que el orden internacional atribuye a cada Estado. El sistema internacional es, entonces, un orden jurídico autónomo dirigido a una comunidad política unitaria, en la que los Estados no tienen un poder normativo autónomo fundado en la idea de un *demos* propio, sino un poder derivado del sistema constitucional global.

La opción por el monismo o el pluralismo constitucional deriva, en último término, en la cuestión de la unidad y los límites de la comunidad política. El constitucionalismo global depende de la existencia de una fuente de legitimidad originaria propia y distinta de la de los Estados miembros. La aproximación pluralista pretende resaltar la continuidad de la legitimidad de los sistemas jurídicos nacionales que se construye sobre la idea de una voluntad popular que desea organizarse autónomamente, al tiempo que considera posible legitimar de modo independiente el orden jurídico internacional al margen del consentimiento de los Estados²². Es esa dualidad de fuentes últimas de legitimidad la que hace necesario hablar de pluralismo y división de la soberanía. La aproximación monista, en cambio, atribuye una legitimidad originaria sólo al orden internacional, siendo éste el que determina las condiciones de validez y legitimidad de los sistemas jurídicos que lo integran. La primera opción se muestra como más tolerante y respetuosa con la autonomía de las comunidades, sus tradiciones y culturas políticas diversas, además de considerar razones de afinidad presentes en cada una de esas comunidades: es en el seno de sociedades particulares que se sustentan en lealtades institucionales donde sus miembros pueden identificarse en mayor grado con las decisiones públicas y aceptar responsabilidades mutuas. Pero esa autonomía se interpreta sin exclusividad: cada

²² Para el caso de la Unión Europea, Ingolf PERNICE basa la legitimidad originaria del Derecho europeo en el conjunto de los pueblos que integran la Unión. Pero el autor sostiene que para considerar justificada esta premisa es suficiente la cláusula que se introduce en las Constituciones estatales que autoriza la transferencia de competencias y funciones a los órganos europeos. De esta forma, el autor interpreta que los pueblos europeos se reservan una parcela de su poder constituyente para formular un contrato social europeo, lo cual no deja de resultar una interpretación muy forzada de tales cláusulas (PERNICE, I., «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited?», *Common Market Law Review*, 36, 1999, pp.703-750). La legitimidad otorgada por los pueblos de Europa requeriría mecanismos más efectivos de participación política (en este sentido, ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., «Crisis de la soberanía estatal y Constitución multinivel», *Revista Direito GV*, vol. 2, n.2, 2006, pp.149-164). La idea de una legitimidad propia basada en un vínculo prepolítico o sentido común de pertenencia ha llevado a algunos a criticar la posibilidad de un constitucionalismo mundial por la ausencia de una sociedad civil global y las profundas diferencias entre los pueblos (entre otros, GRIMM, D., «¿Necesita Europa una Constitución», *Debats*, 55, Valencia, 1996; ZOLO, D., «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 75-104).

comunidad política, incluida la internacional, no excluye otras adscripciones o identidades. La opción monista se plantea que los requerimientos de una justicia global individualista e igualitarista se ven reforzados con un sistema de garantías global por encima de los sistemas particulares.

En sus extremos, tales opciones se identificarían con una confederación global no soberana de Estados postsoberanos, la primera de ellas, y un sistema unitario global al que la soberanía corresponde en exclusiva, la segunda. En mi opinión ambos extremos son inadecuados para representar la constitucionalización global: el primero de ellos, en primer lugar, porque los regímenes jurídicos estatales y los supranacionales no son independientes, sino que se interconectan y afectan mutuamente; y, en segundo lugar, porque es difícil en el contexto actual determinar cuál es la base de la legitimidad originaria de los órdenes supranacionales. El segundo porque las relaciones entre unos y otros son complejas y difícilmente reconducibles a los esquemas de la ciencia jurídica nacional que presupone un sistema jerárquico de normas con una cúspide única claramente identificable. La Teoría y la Ciencia jurídicas han asumido que los Estados soberanos ejercen el monopolio de la autoridad jurídica. El reconocimiento de formas no estatales de Derecho abre el camino a cuestiones teóricas y dogmáticas que los juristas no pueden seguir obviando como la de los límites de lo jurídico, problemas de individuación y de interacción entre sistemas, o las implicaciones particulares de la diversidad normativa para las regulaciones estatales²³.

En realidad, en la esfera supranacional –fundamentalmente en el ámbito de la Unión Europea que es donde se han desarrollado la práctica y los debates constitucionales más avanzados– sería necesario emplear conceptos propios y reformular los de la tradición constitucional estatal para aludir a un contexto distinto y cambiante. Uno de esos conceptos con mayor capacidad explicativa es el de «Constitución multinivel» que integra normas de distintas esferas entre las que existe una distribución de competencias en función de las personas afectadas por las decisiones o sometidas a determinadas estructuras que las conforman²⁴. Ello supone, por una parte, formas complejas de ciudadanía en las que los individuos puedan participar en las esferas transversales de toma de decisiones que les afectan o a cuya estructura están sometidos. Puesto que estamos sujetos a una pluralidad de relaciones de interdependencia y estructuras, instituciones, reglas y

²³ Tales problemas han reforzado la idea de que el pluralismo jurídico es un modelo empírico y normativo más adecuado para dar cuenta del Derecho en el contexto global. Puede verse en este sentido TWINING, W., *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press, 2009.

²⁴ El principio de «todos los afectados» es defendido, entre otros, POGGE, TH., *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós, Barcelona, 2005; y YOUNG, I., «Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model», *Social Philosophy and Policy*, 23, 1, 2006, pp. 102-130. Nancy FRASER critica el principio por su excesivo cientifismo y la indeterminación que genera el «efecto mariposa» y propone como alternativa el principio de «todos los sometidos», en FRASER, N., «¿Quién cuenta? Dilemas de la justicia en un mundo postwestfaliano», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 311-328.

asociaciones es necesario configurar espacios políticos plurales que permitan el control ciudadano de los diversos ámbitos de decisión. La ciudadanía no puede estar basada en la pertenencia a una comunidad determinada, sino en derechos y deberes que todos los individuos tienen en las esferas transversales de toma de decisiones que afectan a sus necesidades e intereses básicos. Por otra parte, la Constitución multinivel supone una reconceptualización de la soberanía como autoridad no excluyente en conflicto con otras pero dispuesta a cooperar²⁵. Como afirmaron ABRAM y Antonia CHAYES, la participación estatal en las instituciones internacionales constituye un derecho y una capacidad que permite a los Estados promover fines que no podrían alcanzar de modo aislado²⁶. Este concepto multinivel, plural o multilateral de constitución viene a reflejar la dificultad de reducir la realidad jurídica global a un esquema unitario y jerárquico y muestra la existencia de sistemas autónomos que se complementan e integran de modos diversos y variables.

El cosmopolitismo es, fundamentalmente, una cuestión de legitimidad y no de diseño institucional. No exige indefectiblemente un orden constitucional monista, sino que lo que reivindica es la necesidad de ampliar el pacto social, sometiendo a cualquier agente global a un marco normativo diseñado en un proceso democrático. La justicia no puede alcanzarse en contextos compartimentados sino que debe asumir la perspectiva de un contexto más amplio y complejo. Pero todo ello no supone renunciar a las instituciones estatales o regionales vigentes, sino cambiar la base de su legitimidad hacia la adopción de una actitud cosmopolita para la que los problemas globales son también problemas propios. Lo que exige hoy una ética de la responsabilidad política es la actuación conjunta de las instituciones estatales y el orden internacional en la consolidación de la paz, tratando de reconciliar las mutuas pretensiones de autoridad y autonomía mediante el respeto y reconocimiento recíprocos²⁷. El constitucionalismo global no aparece así como un orden independiente de los sistemas nacionales, sino como su continuidad, contribuyendo a reforzar y expandir las democracias constitucionales estatales, reforzando o complementando las funciones tradicionales del Estado dentro y fuera de sus fronteras. Ello supone la superación de la antítesis entre lo interno y lo externo, lo nacional y lo internacional.

²⁵ BESSON, S., «Sovereignty in Conflict», en WARBRICK, C., TIERNEY, S., (eds.), *Towards an International Legal Community?: The Sovereignty of States and the Sovereignty of International Law*, BIICL, London, 2006.

²⁶ CHAYES, A., CHAYES, A. H., *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, cit.

²⁷ HOBSON, J., *The State and International Relations*, Cambridge University Press, 2000.