

2

SERIE DE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**The main role of judges
in the multilevel
constitutionalism and the
democratic principle**

Paola Andrea Acosta

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 2
***The main role of judges in the multilevel constitutionalism
and the democratic principle***
Paola Andrea Acosta

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del Autor y la Editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del Autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la Editora y la editorial.

© 2014, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

The main role of judges in the multilevel constitutionalism and the democratic principle**

In the frame of the constitutional pluralism and inside the model of constitutional multilevel discourse, judges play a fundamental role. They are responsible to mark out the process that make possible articulate and harmonize the different juridical orders to reach the constitutional objectives of control and protection.

In the multilevel model judges are responsible, among others, to set down and/or enforce the principles that will steer the interaction between the different legal orders as well as to decide the path that such interaction should take. In order to make it possible, in many occasions, judges should reinterpret the will of the lawmakers (national and international) or disassemble their decisions. It seems so, that judges –nationals and internationals- have taken an omnipotent outlook.

This main role of the judges has been one of the capital justifications of the critiques to the multilevel model. According to the critics this judges' leadership open the path towards the construction of a juristocracy that jeopardize the democratic principle. From our point of view, those critiques ignore the context in which the multilevel model is built and developed as well as the true content, scope and importance of the democratic principle nowadays. We believe that, at the end of the day, all that is needed is a proper and contextualized reading of the model, as well as of the principle, in order to prove that there is no real risk of crush out democracy as it has been said.

In this short sketch, we will address these issues and we will try to point out the tension between, in one hand, the way how the multilevel model has been proposed and according to which, without any doubt, judges have a main role and, in the other, the guarantee of the democratic principle. For this purpose, we will talk very briefly about the role of the judges in the multilevel

* Lecturer, Universidad Externado de Colombia. PhD in international law.

** This document was originally written for the PhD training School organized by the COST Program International law between constitutionalization and fragmentation. Vrije Universiteit Amsterdam, its later version was presented at the workshop of the International Group of Law and Policy, Harvard Law Scholl in Doha.

constitutionalism and then we will concentrate our attention in point out the main critiques to that role in order to do a rough sketch of some ideas that could help to think about an answer to such critiques.

JUDGES AND MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM

¿Cuál es la relación entre jueces, constitucionalismo multinivel y pluralismo constitucional? Para poder responder a esta pregunta debemos, primero que todo, aclarar qué entendemos por constitucionalismo multinivel y por pluralismo constitucional en el marco de este trabajo.

Constitucionalismo multinivel es el discurso que aboga por la consecución de objetivos constitucionales (protección de valores comunes, organización y limitación del poder) a través de la articulación de los diversos ordenamientos del actual escenario jurídico global. Así, la constitucionalización multinivel es el proceso articulado que coordina diversas esferas jurídicas (vertical, horizontal y funcional), y que da lugar a un sistema de redes constitucionales antes que a un régimen constitucional único¹.

En este orden de ideas, el constitucionalismo multinivel nos permite asumir (1) que cada uno de los ordenamientos jurídicos hoy estrechamente interdependientes, experimentan diversos grados de constitucionalización –lo que no resulta ser un defecto sino una característica propia del proceso- y (2) que es la suma de todos ellos lo que nos permite pensar en un proyecto constitucional global cuya concreción, no obstante, no aspira a la conformación de un régimen constitucional único sino a la articulación de los diversos espacios jurídicos con miras a la consecución de objetivos constitucionales².

En otras palabras, la constitucionalización disímil del ordenamiento internacional, sumada a su creciente articulación con los espacios constitucionales nacionales nos permite hablar del constitucionalismo multinivel como única opción viable para lograr los cometidos constitucionales en el actual escenario global.

En palabras de PETERS,

All in all, considering both international and national law together, we can discern fragmentary constitutional law elements at various levels of governance, in part relating only to specific sectors (e.g. human rights law or trade law). We might visualize these elements as situated both ‘horizontally’ (sectorally) and ‘vertically’ (encompassing both the international and the national level). The constitutional

1. CARROZZA, P. “Constitutionalism’s Post-Moderns Opening”. En *The paradox of constitutionalism constituent power and constitutional form*, Loughlin, Martin Coord. London. Oxford University Press. 2007. p. 169

2. COTTIER, Th. “Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict”. En *16 Ind. J. Global Legal Stud.* 647 2009 p. 656 y 657

elements at the various levels and in the various sectors may complement and support each other. I call this criss-cross a ‘constitutional network’. (...) The construction of a transnational constitutional network, in which the relevant norms cannot be aligned in an abstract hierarchy, has at least one important legal consequence: the resolution of eventual conflicts between international and national constitutional law requires a balancing of interests in concrete cases³.

En este sentido, WALTER, citando a PERNICE y en atención al ejemplo europeo, habla del surgimiento de una red de elementos constitucionales, una “liga escalonada de constituciones complementarias, que se fundamenta en un sistema de poder público en varios niveles, con sus respectivos ámbitos materiales de competencia limitados, orientados a la realización de las tareas públicas que han sido encomendadas a cada uno en régimen de división de trabajo”⁴.

En este orden de ideas, el constitucionalismo que defendemos –y con él, la constitucionalización que creemos se está llevando a cabo– no pretende el establecimiento de un Estado mundial o de una estructura única⁵; por el contrario, el discurso constitucional que nos ocupa parte del supuesto de que existen varios niveles (funcionales y territoriales⁶) que se articulan para el ejercicio de funciones constitucionales⁷, gracias a la existencia de herramientas

3. PETERS, A. “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”. En *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006), p. 579–610; CANANEA, GIACINTO. “Is european constitutionalism really “multilevel”?”, *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010; PERNICE, I. “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”. En *15 Colum. J. Eur. L.* 349 2008-2009.

4. En WALTER, Ch. “Las consecuencias de la Globalización para el debate constitucional europeo”. En *La constitucionalización de la Comunidad Internacional*. PETERS, A; AZNAR, M; GUTIERREZ, I. Eds. Valencia, Tirant lo Blanch, Monografías 688, 2010. p. 192; CAROZZA, P. “Constitutionalism’s Post-Modern Opening”. En *The paradox of constitutionalism constituent power and constitutional form*, Loughlin, Martin Coord. London. Oxford University Press. 2007, p. 171.

5. BRYDE, B. “International Democratic Constitutionalism”. En *Towards world constitutionalism. Issues in the legal ordering of the world community*. MACDONALD, RONALD St. J. ed. La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 105; KUMM, M. “The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the state”. En: *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge University Press, 2009. p 263

6. FOLLESDAL, A. “When Common Interests Are Not Common: Why the Global Basic Structure Should Be Democratic”. En *16 Ind. J. Global Legal Stud.* 585 2009. p.588

7. Op. cit. PETERS, A. *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, pp. 580 y 610. Op. cit. MILEWICZ, K. *Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework*, p 425; MARTINELLI, A. “From World system to world society”. En *Journal of World System research*. Vol XI, n.º 2, Dic. 2005. SHAW, J. “Postnational constitutionalism in the European Union”, En *Journal of European Public Policy* 6:4 Special Issue 1999: 579Ð 97. KOTZUR, M. “Universality – a Principle of European and Global Constitutionalism”. En *Historia Constitucional* (revista electrónica), n. 6, 2005. <http://hc.rediris.es/06/index.html>

de gobernanza multinivel⁸ tales como el principio de complementariedad, la subsidiariedad, la “cláusula Solange” o el margen de apreciación, entre otros.⁹

Así, partiendo de una interpretación propia de las diferentes propuestas de constitucionalismo multinivel (HABERMAS¹⁰, PERNICE¹¹, PETERS¹², COTTIER¹³, WALKER¹⁴, entre otros) nuestro trabajo aboga por el reconocimiento de unos valores comunes cuya protección se consigue a través de la coordinación de un andamiaje de diversos niveles que permite organizar el ejercicio de la autoridad pública internacional.

El constitucionalismo multinivel y la idea de red constitucional vienen de la mano con el pluralismo constitucional¹⁵, esto es, con el reconocimiento

8. COTTIER, Th. “The Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict”. En *16 Ind. J. Global Legal Stud.* 647 2009, p. 656.

9. CARRILLO, N. “Enhanced multilevel protection of human dignity in a globalized context through humanitarian global legal goods”. En *Working paper* n.º 2/2011. Global legal goods project DER2009/11436. UAM. <http://globallegalgoods.net/> p. 36; PERNICE, I. “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism In Action”. En *15 Colum. J. Eur. L.* 349 2008-2009, p. 37; COTTIER, Th. “Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict”. En *16 Ind. J. Global Legal Stud.* 647 2009, pp. 648 y 662.

10. HABERMAS, J. *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*. Katz Ed. Madrid, 2003; HABERMAS, J. *El occidente escindido*. Trotta, Madrid, 2006.

11. Op. cit. PERNICE, I. *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action*. p. 349.

12. Op. cit. PETERS, A. *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, p. 580.

13. COTTIER, Th. Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict. En *16 Ind. J. Global Legal Stud.* 647, 2009, p. 648.

14. WALKER, N. “The idea of constitutional pluralism”. En *The modern law review*, Vol. 65, No. 3, 2002. p. 317-359.

15. En palabras de HALBERSTAM, éste da cuenta de “the idea of competing claims of constitutional authority within a single system of governance”. HALBERSTAM, D. Constitutional Hierarchy the centrality of conflict in the European Union and the United States. En *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009, p. 327; “constitutional pluralism identifies the phenomenon of a plurality of constitutional conflicts between different constitutional orders to be solved in a non-hierarchical manner”. MADURO, M. “Courts and Pluralism. Essay on a theory of judicial adjudication in the context of legal and constitutional pluralism”. En *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009, p. 356; “As I understand it, constitutional pluralism obtains when various constitutional authorities compete over the same territory and the same legal relationships”. KOMAREK, J. “Institutional dimension of constitutional pluralism”. En *Eric Stein Working Paper* n.º 3/2010. p. 5. <http://www.ericsteinpapers.eu>. Sobre este asunto, consultar, entre otros: MAC AMHLAIGH, C. “Questioning Constitutional Pluralism”. En *University of Edinburgh School of Law, Working Paper Series* n.º 2011/17; BUSTOS GISBERG, R. *Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa*. En www.juridicas.unam.mx; BURKE-WHITE, W. “International legal pluralism”. En *Michigan Journal of International Law* Vol. 25:963, 2004; KLEINLEIN, Th. “On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State”. En *The European Journal of International Law* Vol. 21 n.º 4 EJIL 2011; KRISCH, N. “The Case for Pluralism in Postnational Law”. En *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 12/2009; KRISCH, N. “The Pluralism of Global Administrative Law”. En *The European Journal of International Law* Vol. 17. n.º 1, 2006. p. 247-278; STONE

de que existen diferentes escenarios y autoridades constitucionales que se relacionan de forma ‘heterárquica’ y complementaria antes que siguiendo reglas de jerarquía¹⁶.

MADURO se refiere al pluralismo constitucional y a sus diversas manifestaciones en los siguientes términos:

Constitutional pluralism (...) refers to a pluralism of constitutional jurisdictions. Those equally valid normative constitutional claims are now supported or developed by different jurisdictions. That is a new dimension of the constitutional pluralism which, however, is inherent in constitutionalism itself. [Nowadays, there are five expressions of the new constitutional pluralism]: The first one is a plurality of constitutional sources (...) the second one is a pluralism of jurisdictions or of different constitutional sites (...) the third one is an interpretative pluralism if you want. It is a pluralism which is based not only on different sources but on competing interpretations of the same source by institutions that are not organized in a hierarchical manner. (...) the fourth expression of pluralism is a pluralism of powers. We increasingly have new forms of public and private power that challenge traditional legal dogmatic categories and raise constitutional questions because they affect the mechanisms of accountability linked to those legal categories. (...) and the fifth pluralism is a pluralism of polities¹⁷.

En este contexto, la relación entre los diferentes ordenamientos –nacional e internacional–, que da lugar a la articulación multinivel, no se concibe en términos de jerarquía sino de heterarquía¹⁸. En palabras de WALKER:

SWEET, A. “Constitutionalism, legal pluralism and international regimes”. En *16 Ind. J. Global Legal Stud.* 621 2009; WALKER, N. “The idea of constitutional pluralism”. En *The modern law review*, Vol. 65, No. 3, 2002. p. 317-359; A.A.V.V. *Four Visions of Constitutional Pluralism* MATEJ AVBELJ AND JAN KOMÁREK (eds.). *European University Institute Department of Law. EUI Working Paper Law No. 2008/21*.

16. “Global constitutional pluralism is thus associated with the emergence of different constitutional sites and processes that are configured in a horizontal, rather than a hierarchical and vertical, pattern” Op. cit. MILEWICKS, k. *Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework*, p. 425.

17. MADURO, M. “Four Visions of Constitutional Pluralism”. En *EUI Working Papers Law 2008/21*. Matej Avbelj and Jan Komárek (eds.), p. 5.

18. La heterarquía constitucional en palabras de HALBERSTAM es un principio de organización que se hace necesario ante la pluralidad de normas, actores, instituciones, autoridades e interpretaciones. HALBERSTAM, D. “Constitutional Heterarchy the centrality of conflict in the European Union and the United States”. En *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009.p 355. Al respecto KOMAREK señala: “MacCormick’s suggestion: ‘the most appropriate analysis of the relations of [the European and national] legal systems is pluralistic rather than monistic, and interactive rather than hierarchical’. Having constitutional authority, European law would therefore compete with national constitutions on equal terms – none of them would have prima facie claim to primacy in case of conflict, since both were ‘constitutional’ properly speaking”. KOMAREK, J. *The legal world beyond the state: constitutional and pluralist?* En www.cosmopolis.wzb.eu. Hay

Constitutional pluralism recognises that in the post-Westphalian world there exists a range of different constitutional sites and processes configured in a heterarchical rather than a hierarchical pattern, and seeks to develop a number of empirical indices and normative criteria which allow us to understand this emerging configuration and assess the legitimacy of its development¹⁹.

Así pues, en el marco del constitucionalismo multinivel y, por lo tanto, del pluralismo constitucional, siguiendo a KUMM, las relaciones entre los diferentes niveles se regulan atendiendo a los principios y objetivos constitucionales comunes y no según una norma última bien sea del derecho nacional, regional o universal²⁰. En su entender, “la coherencia o unidad de la practica constitucional se garantizan no con un texto ni con el poder constituyen ni con un árbitro final sino con la deferencia mutua y el compromiso institucional atados todos con principios comunes”²¹. O en palabras de PERNICE: “Instead of monism as for KELSEN and SCHMIDT there is constitutional pluralism; instead of hierarchy and supremacy of federal law, there is functional primacy based upon mutual consideration, recognition, and cooperation.”²²

En suma, podría decirse que el constitucionalismo multinivel es la propuesta erigida ante la nueva realidad internacional en la que el pluralismo constitucional enmarca el ejercicio de la autoridad pública y la consecución de los cometidos constitucionales. En dicho escenario, la red constitucional es la forma a través de la cual se consolida el proceso de constitucionalización y el diálogo entre los diferentes niveles es la herramienta para su concreción.

Ahora bien, ¿cuál es la relación del modelo multinivel y del pluralismo constitucional con el actual papel del juez en el escenario jurídico global?

Los jueces han adquirido un creciente protagonismo tanto en el escenario nacional como en internacional. Su trabajo es cada vez más importante no

quienes, por su parte, se refieren a poliarquía: SABEL, C. y GERSTENBERG, O. ‘Constitutionalising an Overlapping Consensus: the ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order’ (2010) 16(5) *European Law Journal*, 511-550.

19. WALKER, N. The idea of constitutional pluralism. En *The Modern Law review*. Vol 65, n.º 3, 2002. Según HALBERSTAM, D. Constitutional Heterarchy the centrality of conflict in the European Union and the United States. En *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009, p. 337.

20. KUMM se refiere a principios de jurisdicción, principios procesales y principios sustanciales, Halberstam los llama valores y se refiere al valor de participación (voice), al de experticia (expertise) y derechos (rights), MADURO por su parte lo llama contrapunctual law y con ello se refiere a la necesidad de que los jueces suscriban la idea del pluralismo, a que busquen consistencia y coherencia vertical y horizontal y que desarrollen su razonamiento en términos universales. Ver los textos de estos autores *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009.

21. KUMM, M. The best of times and the worst of times. Between constitutional Triumphalism and nostalgia. En *The Twilight of constitutionalism? Oxford constitutional Theory*. Loughlin, M. McCormick, J. Walker, N. 2010, p. 204.

22. Op. cit. PERNICE, I. *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action*. p. 384.

sólo para lograr la resolución de controversias y la correcta aplicación del derecho, sino, en general para conformar los ordenamientos jurídicos, para determinar sus características y su norte a seguir, así como para definir la forma como éstos interactúa entre sí.

Este protagonismo del juez adquiere una particular relevancia en el seno del pluralismo constitucional. Debido a la coexistencia de diversos ordenamientos jurídicos y a la consecuente convivencia de varias jurisdicciones, las ambigüedades normativas y los conflictos se multiplican y son los jueces quienes están llamados a interactuar para proveer una solución que armonice los intereses en juego, para arbitrar las diferencias, para definir la relación entre las normas en conflicto²³. Esto explica que haya sido el trabajo judicial el que ha motivado el pluralismo constitucional y que sea el escenario judicial donde éste se ha cultivado.

El caso Maastricht fue uno de los primeros síntomas de los conflictos generados por la creciente interacción e interdependencia de las diversas esferas jurídicas del viejo continente. Con ocasión de esta sentencia surgió una nueva forma de comprender y organizar la relación entre los diferentes ordenamientos jurídicos que coinciden en un mismo escenario: el pluralismo jurídico. A partir de ahí, y tomando en cuenta la propia evolución de la interacción judicial y de los enfrentamientos a los que ésta daba lugar, se desarrolló el pluralismo constitucional como una teoría para administrar los conflictos entre las diversas jurisdicciones que tienen competencia sobre un mismo asunto sin que ello se haga siguiendo los tradicionales presupuestos de jerarquía normativa.

Aun cuando los defensores del pluralismo constitucional abogan por una visión más comprensiva del mismo, en la que el foco de atención se desplace más allá de los estrados judiciales, es verdad que en el seno de esta teoría los jueces aparecen como algo más que la mera *'bouche de la loi'*²⁴, ellos son los

23. POIARES MADURO, M. Interpreting European law—judicial adjudication in a context of constitutional pluralism. *Working Paper IE Law School*, WPLS08-02. MADURO por ejemplo señala que las ambigüedades se multiplican, entre otras, debido a los factores lingüísticos, a la necesidad de adaptar conceptos jurídicos pertenecientes a diversas tradiciones jurídicas o las deficiencias del proceso legislativo marcadas por el pluralismo político que entra en juego en escenarios de interacción jurídica. En este contexto, los jueces pueden ayudar a evitar la manipulación normativa, a lograr acuerdos, a permitir el desarrollo y la adaptación de los diversos ordenamientos y a salvaguardar el ámbito de decisión de las esferas locales.

24. MADURO, expresamente dice que en el escenario europeo de pluralismo constitucional no es deseable o posible concebir al juez como mero “carrier” de la voluntad del legislador. Op. cit. MADURO, *Interpreting*, p. 5. Esta misma idea la desarrolla recientemente al intentar demostrar que los jueces antes que revelar el derecho lo buscan. POIARES MADURO, M. in search of a meaning and not in search of the meaning: judicial review and the constitution in times of pluralism. En *Wisconsin Law Review*, 2013, 541. Ver BOGDANDY, A. y VENZKE I. In Whose Name? An Investigation of International Courts’ Public Authority and Its Democratic Justification. En *European Journal of International Law* Vol. 23 no. 1 EJIL 2012, p. 14.

llamados a permitir la articulación de los diversos ordenamientos y a asegurar el equilibrio de los intereses en juego cuando se desatan las controversias. Para resolver los conflictos que supone la interacción normativa, los jueces deben adaptar sus decisiones a las de sus homólogos o, por el contrario, limitar su alcance o contradecirlas aun cuando ello implique reinterpretar the will of the lawmakers (national and international) or even disassemble their decisions²⁵.

En este contexto, la interpretación sistémica y teleológica, así como el diálogo interjudicial que se adelanta en el marco of the judicial review se convierten en las herramientas básicas del juez para la consecución de objetivos comunes a través de la articulación de los diversos espacios jurídicos gracias a los principios que ofrece el pluralismo constitucional. Mejor dicho, se convierten en herramientas básicas del constitucionalismo multinivel.

En suma, pese a que el modelo multinivel que se sirve del pluralismo constitucional articula a los diferentes operadores jurídicos, son los jueces quienes están mejor ubicados para resolver los conflictos que surgen de la interacción de los diversos marcos normativos en juego sin que ello genera la supremacía de uno respecto de los otros. Esta posición privilegiada es justamente lo que prende las alarmas de los críticos del modelo multinivel.

LAS PREOCUPACIONES ACERCA DEL PAPEL DEL JUEZ

En el escenario nacional las críticas al trabajo judicial surgen con ocasión del empoderamiento que ha experimentado el juez constitucional gracias al fortalecimiento del control judicial y a la garantía judicial de los derechos humanos.

En efecto, el proceso de constitucionalización que ha experimentado el panorama jurídico²⁶ y, con él, la necesidad de salvaguardar la supremacía constitucional, la creciente formulación de normas constitucionales tipo principio, la indudable importancia de los derechos humanos, la idea de que el derecho constitucional es abierto, entre otros²⁷, han permitido la mutación del papel del juez constitucional –ahora es algo más que un mero legislador

25. Un vivo ejemplo de esto en TJCE. *Caso Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation / Consejo y Comisión*. Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P; 3 de septiembre de 2008.

26. HIRSCHL señala seis tipos diferentes de constitucionalización, en todas ellas ha existido un empoderamiento del poder judicial. HIRSCHL, R. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, 2004.

27. “Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, constitutional reforms has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries (...) most of these countries have a recently adopted constitution or constitutional revision that contains a bill of rights and establishes some form of active judicial review”. *Ibidem*, p. 1.

negativo- y han abierto paso a la idea de que el control constitucional es algo más que un mero control formal²⁸.

En opinión de algunos, esta reformulación del papel del juez, así como del alcance del control judicial, va en detrimento del principio democrático. Según los críticos, el efecto redistributivo del poder²⁹ al que da lugar el fortalecimiento de la judicatura ocasiona la apropiación ilegítima de las competencias del legislador por parte del juez y, por lo tanto, el desplazamiento indebido del poder político³⁰.

De acuerdo con ellos, dicho desplazamiento es ilegítimo porque ahora las decisiones que afectan al pueblo las toma un ente no representativo que, además, no permite la participación y que no está sometido a los controles democráticos. En otras palabras, cuando los jueces hacen algo más que interpretar la voluntad de los legisladores, se extralimitan en sus funciones, desconocen el principio de legalidad, ponen en riesgo la representación, así como la participación y por ello, adolecen de toda legitimidad³¹.

Siguiendo estos argumentos, el juez nacional actúa de forma ilegítima cuando, por ejemplo, decide interactuar con el juez internacional para overrule o anular o acoplar las normas nacionales con base en argumentos tales como el respeto por los compromisos internacionales, la interpretación conforme, el control de convencionalidad, entre otros, o por el contrario cuando decide ir en contravía de decisiones internacionales cuyo fundamento son normas internacionales avaladas por el legislador nacional³².

Críticas similares se extienden al trabajo del juez internacional. Tradicionalmente, la legitimidad del trabajo del juez internacional depende de su respeto por el consentimiento de los Estados, del fiel desempeño de las funciones asignadas por estos y del respeto de la equidad procesal. En este orden de ideas, y desde la perspectiva más clásica, cualquier actividad judicial que desconozca estos criterios -bien sea porque, por ejemplo, manipule la voluntad estatal, porque tenga efectos más allá de las partes en el litigio, porque supere los límites de la competencia asignada- carece de toda legitimidad.

28. ZAGREBELSKY, G. El juez constitucional en el Siglo XXI. En www.juridicas.unam.mx

29. Op. cit. HIRSCHL, p. 2.

30. Op. cit., ZAGREBELSKY p. 6. Op. cit. HIRSCHL, p. 211 who call it yhe “judicialization of politics”.

31. Sobre la crítica democrática al activismo judicial ver, entre otros: JEREMY WALDRON, *Judicial Review and the conditions for democracy*, en *Jornal of political philosophy* 6, 1998, 335- 355; JAMES ALLAN, *Bill of rights and judicial power, a liberal Qandary*, en *Oxford journal of legal studies* 16, 1996, 337-352.; JEREMY WALDRON, *A rights-based critique of constitutional rights*, en *Oxford journal of legal studies*, 13, 1993, 18-51.

32. Ejemplos de uno y otro asunto en ACOSTA ALVARADO, P. *The Interamerican judicial dialogue: a two-way street towards effective protection*. En *35 year of the interamerican Court of human rights*. Ghent University. Work in progress.

En este contexto, desde la perspectiva que nos interesa, la crítica señala dos eventos en los que el trabajo judicial internacional adolece de toda legitimidad. El primero de ellos se refiere al propio escenario internacional, esto es, a las decisiones en las que el juez decide sobre asuntos propios del proceso político internacional. En este caso, las críticas están dirigidas especialmente al papel del juez como lawmaker³³.

En el segundo evento, el juez internacional toma decisiones que afectan directamente a los ordenamientos nacionales, especialmente aquellos casos en los que el juez internacional toma decisiones sobre temas reservados al proceso político nacional³⁴ o decisiones que afectan dicho proceso³⁵ o, incluso, decisiones que trasladan la competencia sobre ciertos asuntos desde la órbita nacional al escenario internacional³⁶.

33. "There are two famous difficulties to emphasize in this respect: First, the question of judicial law-making and the opposition between law and politics; and second, the related question of judicial discretion and the opposition between democracy and morality. Obviously, these two difficulties are even greater in international adjudication where there is less determinative law, less democracy in the absence of a centralized international legislator, and less common morality in the absence of a political community with common values. As a matter of fact, the jurisgenerative function of judges is more important in international courts than in domestic ones, given the limited number of sources of international law. Moreover, by virtue of the application of the non-*liquet* in international law, international judges already use general principles to fill legal gaps. This is particularly true in relatively new fields of international law, such as international criminal law or international environmental law. Besides sharing the same, albeit magnified, difficulties as domestic adjudication, international adjudication has unique difficulties of its own. Primarily, these have to do with the sources of applicable international law. First of all, international judges are called to do much more than interpret and apply the law, which is already quite challenging depending on how one understands judicial interpretation. Second, the fragmentation or plurality of sources, regimes, and norms in international law makes judicial interpretation even more pivotal than in the domestic context". BESSON, S. *International Judges as Dispute-Settlers and Law-Enforcers: From International Law without Courts to International Courts Without Law, Reply to Anna Spain*. In 34 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 33 (2011). pp. 43 y ss. About the international judge as a lawmaker and its limits see, among others: GINSBURG, T. 2005. "Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking." *Virginia Journal of International Law* 54:631-673; GINSBURG, T. *International Judicial Lawmaking*. In University of Illinois College of Law Law and Economics Working Papers Year 2005 Paper 26. GINSBURG, T. *International Judicial Lawmaking or the recent of Bogdandy, von A, and Venzke, I. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance Series: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Vol. 236 (Eds.) 2012, XVII, 509 p.

34. Ver por ejemplo: Corte I.D.H., *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221. Críticas en este sentido en el trabajo de GARGARELLA. Ver entre otros: GARGARELLA, R. Sin lugar para la soberanía popular. *Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman*. Disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf

35. Ver por ejemplo TEDH *Hirst v UK*, 2012. TEDH. *Scoppola v Italy*, 2012. Un interesante comentario sobre las críticas a la "actitud antidemocrática del TEDH en el comentario de Ben Emmerson: The European Court of Human Rights enhances our democracy. En <http://www.independent.co.uk/voices/commentators/ben-emmerson-the-european-court-of-human-rights-enhances-our-democracy-2207503.html>

36. Esta crítica se hace evidente en el discurso de United States Secretary of Homeland

En este caso, no sólo se critica la falta de legitimidad del juez desde el prisma propio del derecho internacional sino que, además, se critica la propia legitimidad de este ordenamiento para afectar el derecho nacional. Al respecto, la falta de credenciales democráticas de todo el ordenamiento internacional, la afectación a la soberanía e incluso el imperialismo son algunos de los argumentos que sirven de fundamento a la crítica³⁷.

Estas críticas al papel del juez nacional, así como las dirigidas a cuestionar el trabajo del juez internacional se complementan mutuamente cuando se trata de poner en tela de juicio el modelo multinivel. En efecto, de la misma manera que los jueces nacionales e internacionales interactúan para darle forma al modelo multinivel, las críticas al trabajo judicial en ambas esferas se entrelazan para cuestionar el protagonismo judicial promovido por el pluralismo constitucional.

Así pues, en suma, se critica que ante la ausencia de jerarquías normativas y con la excusa de la interpretación teleológica y del diálogo interjudicial:

– el juez internacional se extralimite en sus funciones, desconozca el consentimiento de los Estados, ignore la equidad procesal y, con ello, afecte los ordenamientos nacionales sin justificación alguna o desconozca el proceso político internacional.

– el juez nacional afecte los ordenamientos nacionales al darle prioridad a las decisiones internacionales, al manipular las normas nacionales y/o al decidir con base en normas de origen internacional carentes de fundamento democrático³⁸

Security, MICHAEL CHERTOFF, citado por MARKS. Esta autora resume la postura de CHERTOFF de la siguiente manera: “his aim was to highlight the emergence of a ‘very activist, extremist legal philosophy’, on the basis of which vague and ambiguous norms of supposedly universal application were being used to trump domestic prerogatives. He observed that this was all the more troubling when you consider who interprets international law: in his words, judges of international courts who have not been ‘appointed or ratified by our legal or political process’, committees like the Human Rights Committee and other UN organs that ‘take some of the impetus for their view of international law from countries like Cuba and Zimbabwe’, and ‘international law experts or self-styled experts, [which] basically means law professors’. MARKS, S. International Judicial Activism and the Commodity- Form Theory of International Law. In *The European Journal of International Law* Vol. 18 n.º 1 EJIL 2007.

37. RODRÍGUEZ, G. *Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos*. In www.juridicas.unam.mx p. 214.

38. Op. cit. RODRÍGUEZ, p. 214; DAINITH, T. Is the international law the enemy of national democracy? Ambiguity in the rule of law, the interface between international and national legal systems. In *Ambiguity in the rule of law: the interface between national and international legal systems*. THOMAS A.J.A. Vandamme & Jan-Herman Reestman eds., 2001. 115, 115-16; BAHDI, Reem, Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts (2002). In *George Washington International Law Review*, Vol. 34, 2002. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1718609>

- que, sean los jueces nacionales los que determinen el rumbo de un ordenamiento llamado a tener efectos más allá de las fronteras nacionales.
- que la interacción entre los jueces cercene los procesos políticos nacionales e internacionales.

En este contexto, podría decirse que, según la crítica, la afectación al principio democrático en marco del proceso multinivel se exagera pues los riesgos del activismo judicial se entrecruzan. Así, a los críticos les preocupa, entre otras, la falta de credenciales democráticas de los jueces, en especial de los jueces internacionales, la ausencia de controles democráticos sobre el poder judicial, especialmente en el escenario internacional donde, dada la inexistencia de una institucionalidad similar a la estatal, no hay contrapeso al trabajo judicial, el detrimento de los escenarios de participación y representación democrática, la distancia entre los escenarios de decisión y el pueblo.

Con base en esto, los críticos esbozan dos grandes preocupaciones. En primer lugar, temen que el empoderamiento de la judicatura sirva a los intereses de una élite cada vez más alejada de las necesidades locales y menos interesada en el respeto por las decisiones del pueblo³⁹.

En segundo lugar, les preocupa la falta de seguridad jurídica que genera el pluralismo constitucional, en especial, el desarrollo de un diálogo judicial que, según ellos, no tiene estructura, ni reglas, ni controles o contrapesos y que, por lo tanto puede ser usado a discreción y según la conveniencia del juez⁴⁰.

Como se observa, las objeciones al creciente protagonismo de los jueces, tanto a nivel nacional como internacional y en el modelo multinivel, se basan en la creencia de que dada la ausencia de sus credenciales democráticas su trabajo debe limitarse a develar la voluntad del legislador –parlamento o Estado, según el escenario- sin ir más allá de la misma.

Basados en esta afirmación, los críticos piensan que el tipo de decisiones en las que el juez reinterpreta la voluntad del legislador o incluso la reformula, carecen de toda legitimidad y ponen en riesgo el equilibrio de poderes lo que puede llevar al reemplazo del gobierno del pueblo –la democracia– por una juristocracia⁴¹ y dar al trasto con la seguridad jurídica.

39. Op. cit. HIRSCHL.

40. Op. cit. RODRÍGUEZ, p. 215. POSNER, R. Could I interest you in some foreign law? No, thanks we already have our own laws. In *Legal Affairs* July-August, 2004, pp. 40 y 41; MALARINO, E. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2010, pp. 25-62.

41. Esto es, el gobierno de la élite judicial o, en palabras de HIRSCHL el empoderamiento de los jueces como “new method of pursuing political goals and managing public affairs. Op. cit. HIRSCHL, p. 1. Desde su punto de vista la juristocracia a la que ha dado lugar la constitucionalización es una gran farsa que reduce el poder del pueblo en favor de las élites. “judicial empowerment

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, los miedos al protagonismo judicial desconocen la metamorfosis que han sufrido los ordenamientos jurídicos –nacional e internacional–, la interdependencia entre ellos, el verdadero alcance y significado del principio democrático en el actual escenario jurídico global y las ventajas del modelo multinivel. Veamos esto.

BEYOND FEARS

Desde nuestro punto de vista, las críticas al trabajo judicial se desvanecen, o por lo menos se matizan, si se toman en cuenta (consideran) varios asuntos. Por una parte, los cambios que ha experimentado la figura del juez con ocasión de (due to) la metamorfosis de los distintos escenarios jurídicos, por la otra, el contenido y alcance del principio democrático en el actual escenario global y, finalmente, las particularidades del modelo multinivel de integración constitucional.

En el escenario nacional, los jueces fueron pensados como herramientas para aplicar y hacer cumplir la ley, así como para solucionar controversias en el marco de ordenamientos jurídicos completos, determinados y cerrados cuya articulación correspondía principalmente al legislador. Es en este contexto en el que la idea del juez como boca de la ley, adquiere sentido. Bajo esta idea, el juez constitucional fue pensado como un legislador negativo⁴², su tarea consistía en verificar el apego de la legislación a la constitución sin que ello implicase, no obstante, un control sobre el contenido de aquella.

Sin embargo, como señalábamos líneas arriba, hoy en día ninguna de las ideas que sustentan esta imagen es válida. En primer lugar, hoy los ordenamientos constitucionales son abiertos, esto es, están llamados a influir y ser influenciados por fenómenos que traspasan las fronteras del Estado⁴³. Además, en la mayoría de las oportunidades los jueces, y en especial los jueces constitucionales, tienen que operar con normas tipo principio cuyo contenido suele ser indeterminado⁴⁴. Finalmente, a su labor como legislador negativo -cuyo control ya no se reduce a un juicio de adecuación formal- se suma su nuevo papel como guardián de los derechos fundamentales y, en este punto en especial, se le concede un papel fundamental en la protección de las minorías que no encuentran representación en el proceso político⁴⁵.

through constitutionalization may provide an efficient institutional solution for influential groups who seek to preserve their hegemony and whom given an erosion in their popular support, may find strategic drawbacks in adhering to majoritarian policy-making processes”, p. 12.

42. Entre otros ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4.ª ed. Thomsom-Civitas. Navarra 2008; DE OTTO, I. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel derecho, Barcelona, 2008.

43. Op. cit., ZAGREBELSKY, p. 8.

44. *Ibidem*, p. 3 párr final necesitan ser concretadas según el momento histórico.

45. GOLDONI, M. *Constitutional Pluralism and the Politics of the European Common Good*.

Estos cambios significan una mutación considerable en el rol del juez en el seno del ordenamiento jurídico. Hoy en día el juez no puede limitarse a ser la boca de la ley o un mero legislador negativo, su trabajo consiste en integrar y dotar de contenido las diversas normas que hacen parte del ordenamiento con miras a asegurar su efectividad y a servir de contrapeso al poder legislativo. Para lograr tal cometido, el juicio de proporcionalidad, la interpretación teleológica, la interpretación sistémica y el diálogo interjudicial son algunas de sus herramientas básicas.

En el escenario internacional, los jueces nacieron como árbitros o como encargado de law enforcement⁴⁶ cuya tarea principal consistía en develar la voluntad de los Estados y, con base en ello, solucionar controversias. Sin embargo, hoy en día, dada la profunda metamorfosis del ordenamiento internacional y su fuerte proceso de judicialización, los jueces se comportan como verdaderas autoridades públicas⁴⁷ que “may adjudicate the international rights and duties of non-litigants, deeply affect the interests of non-litigating stakeholders and shape the law prospectively”⁴⁸. Además, en palabras de Besson, (i) Judges resolve legal disputes by applying the law; and (ii) when they apply the law, they contribute to its interpretation and development, while also allegedly to its overall normative coherence, and presumably its legitimacy”⁴⁹.

Ante esta reformulación del papel del juez, los criterios para determinar la legitimidad de su trabajo también varían. En el escenario nacional, a los criterios procesales de independencia e imparcialidad se suman aquellos funcionales que, ante todo, miden la adecuación de la labor judicial a los objetivos trazados por el contexto jurídico o aquellos discursivo que miden la legitimidad del trabajo judicial de acuerdo el respeto de las reglas básicas de la argumentación y el discurso⁵⁰.

In Sant’Anna Legal studies Stals, Research Paper 4/2011, p. 51; KUMM, M. Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review. In Vol.1 EJLS n.º 2.

46. Pese a que esas dos tareas no podían ser cumulativas. Op. cit. BESSON, pp. 42 y ss.

47. Op. Cit. BOGDANDY and VENZKE.

48. GROSSMAN, N. A New Approach to the Normative Legitimacy of International Courts. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2185304> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2185304>. BESSON refiriéndose a Spain “She claims that on the basis of a clear understanding of the shortcomings of international adjudication, we should be able to identify new ways to develop international adjudication” Op. cit. BESSON, p. 34.

49. Op. cit. BESSON, p. 47.

50. Entre muchos otros ver los estudios de DWORKING, HABERMAS o FERRAJOLI. DWORKING, R. *Los derechos en serio*. Ariel, 2012; HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta, 1998. FERRAJOLI, L. *Las Fuentes de legitimidad de la jurisdicción*. En www.juridicas.unam.mx

En el derecho internacional, las propuestas sobre la reformulación de los criterios de legitimidad del trabajo judicial no se han hecho esperar. Así por ejemplo, GROSSMAN plantea:

First, legitimacy requires a re-imagining of procedural fairness to include those whose international rights and duties are being adjudicated by international courts. Further, democratic theory can help to justify the authority of international courts so long as stakeholders are given the opportunity to participate in the formulation of policies that affect them. Second, international courts must adhere to certain universal standards of justice. They cannot facilitate the violation of a set of core norms, including prohibitions against torture, slavery, racial discrimination and genocide, and still retain their legitimacy. Third, the extent to which an international court implements the objectives it was created for may also affect its legitimacy.

Por su parte BOGDANDY y VENZKE, ante la convicción de que los jueces internacionales se comportan como verdaderas autoridades públicas afirman que su trabajo también puede –debe– encontrar una justificación democrática⁵¹.

En este contexto en el que la figura del juez adquiere un nuevo perfil y que, por lo tanto, el fundamento de su legitimidad se extiende, carecen de todo sentido las críticas que se basan en la imagen del juez como boca de la ley, o en la idea de ordenamientos jurídicos cerrados y determinados cuya única fuente es el legislador (parlamento o Estado), o en la teoría que equipara democracia con mayorías.

Justamente respecto de esta última cuestión hemos de señalar que además de estos cambios en el propio escenario judicial, a la hora de enfrentar las críticas también es importante tener en cuenta la relectura que ha experimentado el contenido y el alcance del principio democrático.

En cuanto a lo primero, hoy en día el principio democrático es algo más que la protección de las mayorías⁵², por lo tanto su salvaguarda no está en cabeza exclusiva del parlamento; por el contrario el parlamento debe estar sometido a una serie de vetos y controles que aseguren el respeto por los individuos⁵³. En este sentido coincidimos con la postura de Dworking quien, de acuerdo con Hirschl, señala: “Democracy, is fundamentally concerned with

51. BOGDANDY, A and VENZKE, On the Democratic Legitimation of International Judicial Law-making. In *Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*. *12 German Law Journal* 979-1004 (2011), p 1343

52. “Democracy must protect itself against the tyranny of majority rule” Cited by HIRSCHL, p. 2.

53. But courts have assumed an important editorial function as junior-partners and veto players in the enterprise of specifying and implementing a constitutions commitment to rights. Courts, as guardians and subsidiary enforcers of human and constitutional rights serve as an institution that provides a forum in which legislatures can be held accountable at the behest of effected individuals claiming that their legitimate interests have not been taken seriously. Op. cit. KUMM, p. 24.

treating people as equals. If courts can do this as effectively as representative institutions elected by universal suffrage, it is irrelevant whether in doing so they overrule majority will”.

En este sentido, tal como lo señala KUMM, lo importante, en este escenario es que las decisiones judiciales que imponen un veto sobre las decisiones tomadas en el marco del proceso político being grounded in public reason⁵⁴. Por ello, en opinión de este autor, el control judicial no representa una amenaza al principio democrático, por el contrario, este es un mecanismo que viene a complementar aquellos otros previstos para su garantía y que incluso sirve para superar los defectos del proceso político. En sus palabras:

Socratic contestation [which is the practice that has being legalized through the judicial review] is a practice that gives institutional expression to the idea that all legitimate authority depends on being grounded in public reasons, that is, justifiable to others on grounds they might reasonably accept. In practice Socratic contestation is well suited to address a wide range of ordinary pathologies of the political process. [I argue] that judicial review of rights is not in tension with democratic legitimacy but a necessary complement to it [and] that the idea of competitive electoral politics grounded in an equal right to vote and the rights-based practice of Socratic contestation are complementary basic institutional commitments of liberal democratic constitutionalism, whose legitimacy does not turn exclusively on outcome related arguments. Liberal democracy without judicial review would be incomplete and deficient⁵⁵.

Respecto del alcance del principio democrático, podemos decir que en el actual escenario jurídico global el principio democrático ya no es el único fundamento de legitimidad de la autoridad⁵⁶. En este sentido, estamos de acuerdo con KUMM quien apunta la necesidad de mezclar criterios procesales, jurisdiccionales, democráticos y sustanciales a la hora de determinar la legitimidad de cualquier ejercicio de autoridad en actual contexto de pluralismo constitucional. En este orden de ideas, KUMM se refiere a la complex procedural legitimacy which includes the respect for the subsidiarity principle, the due process and democracy as well as the substantive legitimacy that aims

54. *Ibidem.* KUMM.

55. *Ibidem.* 4.

56. “On the conceptual level, constitutional pluralism allows basic commitments of liberal democracy to be articulated in a way that divorces them from the Hobbesian statist conceptual framework in which they originally had to fit. It allows us to reconceive legitimate authority and institutional practices in a way that makes without the ideas of the state, of sovereignty, of ultimate authority, and of ‘we the people’ as basic foundations of law and the reconstruction of legal practice. AA.VV. Four Visions of Constitutional Pluralism, Matej Avbelj and Jan Komárek (eds.). *European University Institute Department of Law. EUI Working Paper Law* n.º 2008/21, p. 366..

the respect for public reason, the institutional balance and the cooperation between legal orders to guarantee human rights⁵⁷.

Ante este panorama de cambio en la función judicial y en su legitimidad, así como en la comprensión del principio democrático las críticas pierden parte de su fuerza. Así, no existe un “desplazamiento del poder” en la medida en que el origen del derecho no es exclusivamente legislativo y que el principio democrático no se refiere tan sólo a la protección de las mayorías, tampoco existe una usurpación de competencias en la medida en que la metamorfosis de los ordenamientos jurídicos obliga a la reformulación de las tareas judiciales y, finalmente, el riesgo a que el derecho nacional se vea afectado por las decisiones internacionales o viceversa se disminuye pues el ejercicio de autoridad está determinado por el principio democrático y la suma de otros importantes criterios de legitimidad que permiten la complementariedad y armonización de los dos ordenamientos jurídicos bajo presupuestos de heterarquía y no de colonización.

Ahora bien, más allá de los matices que estos cambios le imprimen a las críticas esbozadas, no podemos olvidar que el modelo multinivel está diseñado justamente para atender las características particulares del actual escenario jurídico global y con miras a superar varios de los obstáculos propios de la tradicional lectura de las relaciones entre los diversos niveles normativos.

Así por ejemplo, el modelo multinivel nos recuerda que el hogar de la democracia son los Estados⁵⁸, y que la articulación de los diversos niveles ayuda a compensar la debilidad de las credenciales democráticas del ordenamiento internacional ya que permite estructurar una serie de controles y contrapesos a las autoridades internacionales, especialmente a los jueces⁵⁹. En este sentido, antes que poner en riesgo la democracia nacional el propio modelo multinivel ayuda fortalecerla⁶⁰.

57. KUMM, M. The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the state. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge University Press, 2009.

58. “Democracy is primarily a national phenomenon”, ULFSTEIN, G. “The Relationship Between Constitutionalism and Pluralism. In *Goettingen Journal of International Law* 4 (2012) 2, 575-583, p. 5.

59. En este sentido, tal como lo señala ULFSTEIN no necesitamos el mismo nivel de democracia a nivel nacional que internacional y en todo caso lo que realmente importa es que los órganos nacionales actúen como filtro democrático de las decisiones internacionales, p. 579.

60. BURCHILL, R. *International Law’s Contribution to Democratic Multi Level Governance: the Position of Regional Intergovernmental Organisations*, Paper prepared for conference on MultiLevel Governance: Interdisciplinary Perspectives 28-30 June 2001, University of Sheffield. Sobre este asunto, ver lo ocurrido en la República Checa. Entre otros: EVAS, T. *Enhancing democracy through constitutional pluralism? The Czech, German and Latvian Lisbon rulings in dialogue*. Contribution to the Fifth Pan-European Conference on EU Politics, Porto, Portugal, 23-26 June 2010.

Tal como lo señalan BOGDANDY y VENZKE

The resulting tension may be relaxed by holding up the political and legal responsibility that municipal constitutional organs retain in deciding about the effect of international decisions and by bearing in mind how they, in turn, can feed back into developments on the international level. (...) This approach frees the international legal order from legitimacy burdens that it may not always be in a position to shoulder. The interplay between levels of governance opens up yet another strategy of maintaining the possibilities of democratic self-determination in the post-national constellation⁶¹.

Así mismo, el constitucionalismo multinivel reduce los riesgos del imperialismo jurídico pues permite balancear los intereses locales con las necesidades globales y dotar a las autoridades nacionales de herramientas para defender sus prioridades. En este sentido podemos decir que el constitucionalismo multinivel no desdibuja los modelos nacionales, los adapta y protege ante la nueva realidad de interdependencia en el escenario jurídico global.

En este mismo sentido, el modelo multinivel es la mejor opción ante la preocupación de que sean las autoridades nacionales quienes tomen decisiones cuyos efectos se extiendan más allá de las fronteras o que sean ellas quienes determinen el rumbo del ordenamiento internacional. Gracias al balance que pretende el modelo y a la relación dinámica que presupone, ningún ordenamiento tiene la capacidad de absorber al otro.

Finalmente, ante los riesgos de inseguridad jurídica de los que se acusa al modelo multinivel, vale la pena recordar que justamente la tarea del pluralismo constitucional consiste en establecer meta-principios, reglas de interacción y solución de conflictos, así pues, los jueces no actúan a discreción y sin sentido, su trabajo se enmarca en unas reglas de juego que estructuran y condicionan su trabajo. En este sentido, tal como señala MADURO, los jueces están haciendo lo que se les pide que hagan dentro de un marco legal, atados por ciertas restricciones⁶².

Además, la interacción de los jueces en el marco del modelo multinivel permite decidir lo que es el derecho ante la variedad de normas que conviven y la indeterminación que ello implica. Esto antes que generar inseguridad jurídica permite dotar al escenario jurídico de cierta certeza.

Como se observa, el preponderante papel del juez es objeto de varias críticas. Sin embargo, todas las quejas en torno a la actividad judicial pueden superarse si se atiende al actual contexto jurídico global, a la metamorfosis de los ordenamientos jurídicos y a su creciente interdependencia. En este sentido, basta una adecuada lectura del rol del juez, del principio democrático

61. Op. cit. BOGDANDY and VENZKE. *In whose name?*, p. 33.

62. Op. cit. POIARES MADURO. *Interpreting European law*.

y del constitucionalismo multinivel para descartar la mayoría de las críticas endilgadas.

Ahora bien, aun cuando confiemos en el trabajo judicial y reconozcamos su protagonismo, hemos de aceptar que el pluralismo constitucional debería prestar más atención a la forma de integrar y articular el trabajo de las demás autoridades públicas en el seno del constitucionalismo multinivel⁶³. Además, pese a que muchas críticas pueden ser desmontadas, algunas otras sobreviven. En este sentido, la construcción del modelo multinivel y, por lo tanto, el pluralismo constitucional debe hacer su mejor esfuerzo para fortalecer las credenciales democráticas del escenario internacional y, en particular del juez internacional, así como reivindicar los demás criterios que fundamentan el ejercicio de autoridad en el seno del constitucionalismo multinivel.

ADEMUM

A la luz de las ideas expuestas, podemos esbozar algunas respuestas a varias de las preguntas planteadas en la convocatoria de este seminario.

Así por ejemplo, ante la pregunta *How do the various versions of international constitutionalism, pluralism, or fragmentation impact claims to legitimate authority?* Podemos decir que el pluralismo constitucional complementa el fundamento de la autoridad al sumar al principio democrático otros tantos criterios para determinar la legitimidad del ejercicio del poder. Así, la falta de credenciales democráticas se compensa de dos formas diferentes: con el respeto de otros principios que pueden fundamentar el reclamo de autoridad y con la articulación de los diversos escenarios en una especie de legitimidad compuesta.

En este sentido, ante la pregunta *What is the role for democracy and the state in a constitutionalizing international system?* Podemos decir que, el Estado sigue siendo protagonista, su existencia asegura el correcto funcionamiento del modelo multinivel, y que, por su parte, la democracia cuyo hogar es el Estado, sigue siendo uno de los factores fundamentales de la legitimidad del derecho y de la autoridad pública, pero no el único.

Respecto de la pregunta, *What actors, what norms, and what institutions and procedures become more or less important as international law is understood as either more constitutional, or more pluralist or more fragmented?* Podemos decir que tal como hemos tratado de demostrar a lo largo de este trabajo, el juez asume un papel protagónico en el modelo multinivel y con él, el control judicial. A la par de este protagonismo the rule of law y los derechos humanos aparecen como fundamento y norte de todo el proceso de constitucionalización.

63. KOMAREK, J. European constitutionalism and the European arrest warrant – in search of the contrapunctual principles' limits. *Jean Monnet Working Paper* 10/05 NYU, School of law, 2005.

Finalmente, How does international constitutionalism relate to basic ideas regarding justice, procedural fairness, and the rule of law beyond the state? Como acabamos de decir, el proceso de constitucionalización del derecho internacional existe justamente para asegurar ciertos valores más allá de las fronteras estatales. Justicia, equidad procesal y legalidad son algunos de los objetivos básicos proceso constitucional.

