

El Pluralismo como  
respuesta a los retos de  
la interacción entre el  
derecho nacional y el  
derecho internacional

**Paola Andrea Acosta-Alvarado**  
**María Camila Charry Torres**  
**Martín Posada Martínez**

---

## **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/](http://www.icrp.uexternado.edu.co/)

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 98  
***El Pluralismo como respuesta a los restos de la interacción entre el  
derecho nacional y el derecho intrenacional***

Paola Andrea Acosta-Alvarado, María Camila Charry Torres, Martín Posada Martínez

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.

---

# Presentación

La Colección de *Documentos de Trabajo* del Departamento de Derecho Constitucional y del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita es un espacio para la deliberación, el debate y el intercambio de ideas. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un espacio para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata de textos que se publican para una circulación rápida y para que el debate permita que sean mejorados antes de su presentación en otros escenarios de difusión.

La colección reúne manuscritos de muy alta calidad sobre elementos centrales del derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y la filosofía del derecho. Uno de los objetivos principales de esta publicación es impactar directamente en debates académicos, sociales y políticos.

En la serie de documentos de trabajo pueden publicar todas las personas interesadas en participar dentro de esa conversación colectiva igualitaria. Desde luego, la invitación se dirige tanto a los y las docentes e investigadoras como a los y las estudiantes de pregrado y posgrado. Ellas y ellos pueden enviar sus manuscritos al correo [colecciondoc.derconst@uexternado.edu.co](mailto:colecciondoc.derconst@uexternado.edu.co)

Como se indica en el documento guía, los manuscritos deben contar con un mínimo de desarrollo, una estructura coherente que cumpla con las reglas mínimas de argumentación, redacción y ortografía. Asimismo, las notas a pie de página, las referencias externas, las tablas, diagramas o cuadros se deben presentar en el formato que allí se indica.

Una vez remitido el texto, el grupo editorial lo evaluará rápidamente y decidirá sobre su pronta publicación. Los números de la colección se pueden descargar del repositorio (<https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/4692>), se podrá hacer difusión de los documentos en las redes sociales institucionales, bases de datos y redes académicas.

**HUMBERTO SIERRA PORTO**  
*Director del Departamento  
de Derecho Constitucional*

**JORGE ERNESTO ROA ROA**  
**SERGIO ALEJANDRO FERNÁNDEZ PARRA**  
*Editores*

## El Pluralismo como respuesta a los retos de la interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional

### Introducción

Desde hace ya varios años hemos expuesto los riesgos de seguir concibiendo la relación del derecho nacional y el derecho internacional en clave monista-dualista<sup>1</sup>. Sin embargo, no nos habíamos tomado el trabajo de presentar en detalle las alternativas teóricas; en particular no nos habíamos preocupado por dar cuenta del modelo que defendemos y que sirve de fundamento a las herramientas hermenéuticas que proponemos para enfrentar los retos que trae consigo la creciente interacción normativa entre el derecho nacional y el derecho internacional.

Para subsanar este vacío, como parte del proyecto de investigación de largo alcance que hemos venido desarrollando, queremos ofrecer al lector una nueva saga de estas reflexiones en torno a este tema. En esta nueva entrega, ofrecemos un panorama sobre las alternativas pluralistas y sobre algunos de los mecanismos de acoplamiento que creemos se desprenden de estas. El cometido final de esta nueva parte de la investigación es descubrir si en la práctica judicial existen atisbos de esta lectura pluralista y, sobre todo, del uso de los mecanismos de acoplamiento. Dicha investigación aún sigue su curso, no obstante, por el momento queremos someter a consideración del público experto este documento de trabajo en el que se da cuenta de los primeros avances en torno al marco teórico que nos sirve de referencia para el análisis del trabajo judicial que pretendemos llevar a cabo. Esperamos en breve poder ofrecer una pequeña publicación que recoja la retroalimentación sobre lo que acá se presenta, así como el análisis de la labor de los jueces en torno a estos asuntos.

Por el momento, ofrecemos un breve diagnóstico sobre el escenario que sirve de justificación a estas reflexiones (I.), una presentación sobre tres de las teorías contemporáneas en torno al pluralismo (II.), un esbozo sobre los llamados mecanismos de acoplamiento (III.) y una respuesta a las críticas que se plantean a la apuesta pluralista (IV). El documento cierra con unas breves conclusiones.

### 1. DIAGNÓSTICO

Las razones que motivan la búsqueda de un nuevo modelo que permita asir de la mejor manera posible la interacción normativa han sido ampliamente diagnosticadas<sup>2</sup>. Entre ellas se cuentan la

---

\* Doctora en derecho internacional y relaciones internacionales, UCM. Docente investigadora, Universidad Externado de Colombia. [Paola.acosta@uexternado.edu.co](mailto:Paola.acosta@uexternado.edu.co)

\*\* Estudiante de derecho y monitora de la Cátedra Jean Monnet en el Departamento de Derecho de los Negocios en la Universidad Externado de Colombia. [maria.charry02@est.uexternado.edu.co](mailto:maria.charry02@est.uexternado.edu.co)

\*\*\* Estudiante de derecho y monitor del Departamento de Derecho Constitucional en la Universidad Externado de Colombia. [martinposada11@gmail.com](mailto:martinposada11@gmail.com)

<sup>1</sup> ACOSTA-ALVARADO, PAOLA ANDREA. Zombis v.s. Frankenstein: Sobre las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. Estudios Constitucionales, Año 14, No. 1, 2016 y ACOSTA-ALVARADO, PAOLA ANDREA; ACOSTA LÓPEZ, JUANA INÉS; RIVAS RAMÍREZ, DANIEL. De Anacronismos y Vaticinios: Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica. Bogotá: Universidad de la Sabana, Universidad Externado de Colombia y Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, 2017.

<sup>2</sup> Los desafíos internos de esta densidad institucional creciente a nivel internacional tienen que ver con la proliferación, y la falta de manejo, de conflictos tanto verticales como horizontales. KREUDER-SONNEN, CHRISTIAN Y ZÜRN, MICHAEL. After fragmentation: Norm collisions, interface conflicts, and conflict management. Cambridge University Press, 2020; TUSSEAU, GUILLAUME (ed.). Debating Legal Pluralism and Constitutionalism: New Trajectories for Legal Theory in the Global Age. Ius Comparatum, Global Studies in Comparative Law, 2020; BLOME, KERSTIN; FISCHER-LESCANO, ANDREAS; FRANZKI, HANNAH; MARKARD, NORA; y, OETER, STEFAN. Contested Regime Collisions: Norm Fragmentation in World Society. Cambridge University Press, 2016; BERMAN, PAUL SCHIFF. Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law beyond Borders. Cambridge University Press, 2015. MAZMANYAN, ARMEN; POPELIER, PATRICIA; y VANDENBRUWAENE, WERMER, The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance. Intersentia, 2013; TAMANAHA, BRIAN Z. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. St. John's University, 2008; KRISCH, NICO. Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law. Oxford Constitutional Theory, 2010; KUMM, MATTHIAS. The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the

multiplicación de normas internacionales que tratan temas otrora exclusivos del ámbito nacional<sup>3</sup>, la multiplicidad de organizaciones internacionales<sup>4</sup>, la proliferación y el fortalecimiento de los tribunales internacionales<sup>5</sup>, el desarrollo de los procesos de integración<sup>6</sup>, la hibridez jurisdiccional<sup>7</sup>, la apertura del derecho constitucional al ordenamiento internacional<sup>8</sup> y con ella la creciente importancia del papel de los jueces nacionales para el cumplimiento y evolución del derecho internacional<sup>9</sup>.

Todos estos cambios han llevado a una mayor interacción, formal e informal<sup>10</sup>, entre el derecho nacional y el derecho internacional y, con ello, a que se difuminen las fronteras entre uno y otro. En palabras de Krisch, el derecho se volvió postnacional, pues si bien la esfera nacional retiene su poder e importancia, ya no es el ancla paradigmática de todo el orden<sup>11</sup>; el Estado ya no es el único protagonista en la ópera jurídica.

En este escenario, la interacción se da entre normas que proceden de ordenamientos que tienen lógicas muy distintas. La jerarquía y el sistema judicial centralizado del derecho nacional por una parte y la horizontalidad y el sistema descentralizado del ámbito internacional, por la otra<sup>12</sup>. Ello ha llevado, como lo señala Walker, a que vivamos en medio de un desorden de órdenes<sup>13</sup>.

En este ‘nuevo’<sup>14</sup> escenario, la separación entre lo nacional y lo internacional es insostenible (*not the divide*<sup>15</sup>), ahora la relación entre los ordenamientos es fluida, entre lo continuo y lo discontinuo<sup>16</sup>. Derecho nacional e internacional no se separan, pero tampoco se unifican ni se relacionan en clave de jerarquía<sup>17</sup>. Esta constante interacción ‘desordenada’<sup>18</sup>, ha llevado a que, como lo señala Berman, se presenten varias complejidades propias de un escenario en el que un

---

Constitutional Treaty. *European Law Journal*, Vol. 11, No. 3, 2005; KUMM, MATTIAS. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State. *European Journal of International Law*, Vol. 30, No. 3, 2009; KUMM, MATTIAS. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 20, No. 2, 2013; DE BÚRCA, GRÁINNE y WEILER, J.H.H. *The Worlds of European Constitutionalism*. Cambridge University Press, 2009; VON BOGDANDY, ARMIN. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. *Oxford University Press and New York University School of Law*, Vol. 12 No. 4, 2014; MADURO, MIGUEL POAIRES. In Search of a Meaning and not in Search of the Meaning: Judicial Review and the Constitution in Times of Pluralism. *Wisconsin Law Review*, Vol. 2, 2013; MACCORMICK, NEIL. Beyond the Sovereign State. *The Modern Law Review*, Vol. 56, No. 1, 1993; entre otros.

<sup>3</sup> Por ejemplo las inmunidades, el tema de la extradición y no devolución; la paz y seguridad internacional; el comercio y las inversiones; y el derecho ambiental. De WET, ERIKA y VIDMAR, JURE (eds). *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford University Press, 2012. Página 5.

<sup>4</sup> En el siglo XXI, las organizaciones internacionales, las instituciones transnacionales, la autoridad internacional y los tratados y acuerdos, se han multiplicado, sin que exista una estructura jerárquica que las relacione. KREUDER-SONNEN, CHRISTIAN y ZÜRN, MICHAEL. *Op. Cit.* Página 241.

<sup>5</sup> Enfrentando evidentes conflictos normativos, tal como en el caso SOERING, KADI o SAMANTAR. NOLLKAEMPER, ANDRÉ. Law and Honour : normative pluralism in the regulation of military conduct. En: KLABBERS, JAN y PIIPARINEN, TOUKO (eds.). *Normative pluralism and international law : exploring global governance*. Cambridge University Press, 2013. Página 67.

<sup>6</sup> Siendo la Unión Europea el máximo grado alcanzado de integración entre el derecho comunitario y el derecho nacional, y habiendo pasado por diferentes etapas como la zona de libre comercio, la unión tarifaria, la unión aduanera y el mercado común.

<sup>7</sup> Es decir, el que varias jurisdicciones puedan resolver sobre un mismo asunto o el que una jurisdicción esté llamada a referirse a otra, a tenerla en cuenta. BERMAN, PAUL SCHIFF. *Op. Cit.* Capítulo 2, *A World of Legal Conflicts*. pp. 23 - 58.

<sup>8</sup> El orden legal de la UE es cada vez más autónomo del derecho de los Estados, pero también del orden internacional, como la Convención Europea de Derechos Humanos. Esto se debe al giro constitucional que las relaciones de la Unión y del derecho internacional han tomado, impulsado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para ZIEGLER, quizá esta tendencia amenaza el proceso de integración. ZIEGLER, KATJA S. Beyond Pluralism and Autonomy: Systemic Harmonization as a Paradigm for the Interaction of EU Law and International Law. *Yearbook of European Law*, Vol. 35, No. 1, 2016. Página 668.

<sup>9</sup> La tendencia jurisprudencial en la UE es que la resolución de conflictos se dé a través de una integración sistemática entre obligaciones propias de los Derechos Humanos y aquellas que provengan del derecho internacional. De WET, ERIKA Y VIDMAR, JURE. *Op. Cit.* Página 215. Algunos sostienen que una comprensión sustantiva y diferenciada del principio de supremacía podría apoyar la integración. NOLLKAEMPER, ANDRÉ. *Op. Cit.* Página 69.

<sup>10</sup> KRISCH, NICO. *Op. Cit.* Capítulo 1. Página 2.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> De WET, ERIKA y VIDMAR, JURE. *Op. Cit.*

<sup>13</sup> WALKER, NEIL. The idea of constitutional pluralism. *The modern law review*, Vol. 65, No. 3, 2002. pp. 317-359.

<sup>14</sup> Los estudios sobre la complejidad de la interacción normativa datan de hace ya varias décadas. Así por ejemplo, KUMM, MATTIAS. *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*. *Op. Cit.*; MADURO, MIGUEL POAIRES. In Search of a Meaning and not in Search of the Meaning: Judicial Review and the Constitution in Times of Pluralism. *Op. Cit.*; WALKER, NEIL. Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, No. 3-4, 2008; AVBELJ, MATEJ y KOMÁREK, Jan (eds.). *Four visions on Constitutional Pluralism*. EUI Working Papers, European University Institute, 2008.

<sup>15</sup> KRISCH, NICO. *Op. Cit.* Capítulo II. Página 6.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.* Página 15.

<sup>18</sup> WALKER, NEIL. Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders. *Op. Cit.*

mismo actor, un mismo asunto, está potencialmente regulado por múltiples regímenes legales<sup>19</sup> que tienen diferente peso, o como dice Krisch: *graduated authority*<sup>20</sup>.

Esta lógica pone en jaque la concepción tradicional del derecho que reivindica la unidad del ordenamiento y concibe la interacción normativa en clave jerárquica<sup>21</sup>. Así las cosas, los conflictos<sup>22</sup> entre las normas de los dos ordenamientos, mejor, los conflictos en esa ‘amalgama fluida’, ya no se pueden solucionar atendiendo a las herramientas propias de la lectura tradicional, pues estas resultan insuficientes, diríamos, inútiles<sup>23</sup>. Esto hace que, en palabras de Berman, no se pueda resolver de forma definitiva el cómo ni el cuándo ceder ante un sistema normativo o preferir el propio.

Esto no quiere decir que la convivencia sea imposible ni que la interacción tenga que ser caótica. Tan sólo debemos ser realistas y reconocer que aun cuando no nos podemos poner de acuerdo sobre cuándo unas normas han de preferirse respecto de otras, sí podemos pensar en mecanismos procesales para enfrentar esta creciente complejidad<sup>24</sup>. Justamente esta es la propuesta por la que abogan los pluralistas.

## 2. EL PLURALISMO COMO RESPUESTA

El pluralismo no se ha terminado de inventar. Es importante hacer esta aclaración para no generar falsas expectativas. Tal como lo dijimos en otra parte, siguiendo a Bogdandy, si bien monismo y dualismo son entendidos como dos muertos vivientes<sup>25</sup> que han de ser superados, el pluralismo es algo así como un Frankenstein<sup>26</sup> que se mantiene en pie, pero camina con dificultad. Ello no significa que se trate de una propuesta inútil; tan sólo implica que hay que perfeccionarla.

De acuerdo con Halberstam, el pluralismo puede ser sistémico o institucional. Hablamos de pluralismo sistémico cuando estamos en presencia de dos ordenamientos que son independientes, pero se reconocen mutuamente, comparten propósitos e interactúan. En este caso, ambos ordenamientos reclaman autoridad final. Por el contrario, hay pluralismo institucional cuando hay pluralidad de actores –instituciones- que cumplen una misma función dentro de un mismo sistema<sup>27</sup>.

A la luz de esta diferenciación, cuando hablamos de interacción entre el derecho nacional y derecho internacional estamos en el escenario del pluralismo sistémico. Las complejidades de este tipo de pluralismo y las posibles formas de abordarlas han sido estudiadas por la doctrina desde tiempo atrás<sup>28</sup>; sin embargo, en este texto nos concentraremos en tres de las propuestas

<sup>19</sup> La propuesta de Berman no sólo se refiere a regímenes legales, sino, también cuasi legales; tampoco se limita a la interacción derecho nacional-internacional, su diagnóstico y propuesta se refiere a los ordenamientos nacionales, sub-nacionales, regionales e internacionales.

<sup>20</sup> KRISCH, NICO. *Op. Cit.* Página 293.

<sup>21</sup> Como lo señalan De WET y VIDMAR, hoy en día hay una tensión entre el paradigma jerárquico y el de la interpretación sistémica. De WET, ERIKA y VIDMAR, JURE. *Conflicts between international paradigms: Hierarchy versus systemic integration.* Global Constitutionalism, 2013.

<sup>22</sup> De WET y VIDMAR apuntan –y coincidimos con ellos- que en este escenario los conflictos son de dos tipos: estrechos y amplios. En el primer caso, si el operador jurídico cumple una norma, incumple otra; en el segundo, si el operador cumple una norma, limita otra. *Ibid.* Página 196.

<sup>23</sup> Las herramientas tradicionales no sirven y los derechos humanos son importantes pero aún no son el hilo común. Un ejemplo de lo anterior se presentó cuando el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y Estados Unidos, basándose en normas internacionales de derechos humanos, consideraban que el organismo internacional no estaba en la obligación de garantizar el debido proceso respecto de los individuos acusados de terrorismo. La ONU, el Comité de Derechos Humanos, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, varias ONG y un grupo de Estados europeos, pensaban lo contrario. KREUDER-SONNEN, CHRISTIAN y ZÜRN, MICHAEL. *Op. Cit.* Página 252.

<sup>24</sup> Ello nos permitiría ser más respetuosos de lo propio porque se rompe con una falsa pretensión de universalidad.

<sup>25</sup> VON BOGDANDY, ARMIN; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO; MORALES ANTONIAZZI, MARIELA (coords.). *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina? IJ-UNAM*, 2010. Página 287.

<sup>26</sup> Ver: ACOSTA-ALVARADO, PAOLA ANDREA. *Zombis v.s. Frankenstein: Sobre las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno.* *Op. Cit.*

<sup>27</sup> HALBERSTAM, DANIEL. *Systems Pluralism and Institutional Pluralism in Constitutional Law: National, Supranational, and Global Governance.* University of Michigan Public Law Working Paper No. 229, 2012. pp 13-43.

<sup>28</sup> MACCORMICK, NEIL. *The Maastricht - Urteil: Sovereignty now.* European Law Journal, Vol. 1, No. 3, 1995; MACCORMICK, NEIL. *Beyond the Sovereign State.* Modern Law Review, Vol. 56, No. 1, 1993.

contemporáneas<sup>29</sup>: el Pluralismo Cosmopolita de Berman, el Pluralismo Postnacional de Krisch y el Pluralismo Constitucional de Walker, Maduro y Kumm, entre otros<sup>30</sup>.

### 2.1 *El Pluralismo Cosmopolita de Berman*

Berman aboga por lo que él ha llamado un pluralismo cosmopolita. Su concepción no sólo incluye el ordenamiento nacional y el derecho internacional; también tiene en cuenta todos los ordenamientos sub nacionales y las regulaciones sociales vinculantes<sup>31</sup>. Para solucionar los conflictos normativos, el autor critica las soluciones soberanistas y las universalistas, pues, más bien, propone crear espacios para la interacción productiva entre los sistemas.

Según explica, los soberanistas alegan que el Estado es la única fuente legítima de normas, por lo que rechazan cualquier normatividad alterna. Por otro lado, los universalistas afirman que existe un “derecho global” que está por encima de los diferentes ordenamientos nacionales.

Los primeros, al rechazar la influencia o autoridad externa, internacional o no estatal, ignoran la existencia de un mundo con interacciones globales y constantes actividades transfronterizas, donde las fronteras legales son permeables y las leyes, como las personas, migran.

Los segundos, al buscar evitar los conflictos por medio de la armonización de los ordenamientos nacionales, terminan eliminando las diferencias normativas y, asimismo, la diversidad. Lo anterior, puesto que parten de la base de que las personas son esencialmente iguales, a pesar de las diferentes culturas y circunstancias, hecho que termina silenciando a las poblaciones más vulnerables en la esfera internacional. Además, los universalistas pasan por alto la extrema afinidad de las personas con sus comunidades nacionales o locales<sup>32</sup>, imponiendo lo “universal” como lo hegemónico.

Por lo tanto, contrario a las posturas anteriores, surge el pluralismo cosmopolita. Con *cosmopolita* Berman hace referencia a un modelo donde se reconoce que todos somos miembros de múltiples comunidades diferentes entre sí. Contrario al universalismo, el cosmopolitismo no busca la

---

<sup>29</sup> A pesar de que se tuvieron en cuenta otras propuestas como el “pluralismo ordenado” de DELMAS-MARTY, el “pluralismo de principios” de VON BOGDANDY, el pluralismo legal de BRIAN TAMANAHA, la metodología de gobernanza multinivel de Patricia Popelier, entre otros, las tres opciones seleccionadas son las que más han sido estudiadas y referidas por la doctrina, incluso en los últimos cinco años (2016 - 2020). Ver, por ejemplo, LAWRENCE, JESSICA C. Constitutional Pluralism’s Unspoken Normative Core. Centre for European Legal Studies, Faculty of Law, University of Cambridge, 2019; Bobić, Ana. Constitutional Pluralism Is Not Dead: An Analysis of Interactions Between Constitutional Courts of Member States and the European Court of Justice. German Law Journal, Vol. 18, No. 06, 2017; AVBELJ, MATEJ. Constitutional Pluralism and Authoritarianism. German Law Journal, Vol. 21, pp. 1023 - 1031, 2020; AVBELJ, MATEJ. The Federal Constitutional Court Rules for a Bright Future of Constitutional Pluralism. German Law Journal, Vol. 21, pp. 27 - 30, 2020; MADURO, MIGUEL. The Judicial and Constitutional Challenges of Legal Globalisation. En: Moura Vicente, Dário. Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Brill, 2016; MAC AMHLAIGH, CORMAC. Pluralising Constitutional Pluralism. En: ROUGHAN, NICOLE y HALPIN, ANDREW. In Pursuit of a Pluralist Jurisprudence. National University of Singapore, 2017; CABALLERO LOIS, CECILIA y PINTO BASTOS JÚNIOR, LUIZ MAGNO. Pluralismo constitucional y espacios transnacionales: ¿el fin de la constitución nacional o su nuevo comienzo? Revista Derecho del Estado, No. 40, pp. 127 - 151, 2018; WILKINSON, MICHAEL A. Constitutional Pluralism: Chronicle of a death foretold? European Law Journal, Vol. 23, pp. 213 - 233, 2017; Walker, Neil. Constitutional Pluralism Revisited. European Law Journal, Vol. 22, No. 3, pp. 333 - 355, 2016. WENDEL, MATTHIAS. Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSCP Decision and Its Initial Reception. German Law Journal, Vol. 21, pp. 979 - 994, 2020; KELEMEN, DANIEL; EECKHOUT, PIET; FABBRINI, FEDERICO; PECH, LAURENT; UITZ, RENATA. National Courts Cannot Override CJEU Judgments: A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order. Verfassungsblog on Matters Constitutional, 2020. DE BOER, NIK. The False Promise of Constitutional Pluralism. Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper, No. 3, 2018; KELEMEN, DANIEL R. On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone. Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 23, No. 1, pp. 136-150, 2016. KELEMEN, DANIEL y PECH LAURENT. The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland. Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2019; WILKINSON, MICHAEL. Beyond the post-sovereign state? The past, present and future of constitutional pluralism. Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol. 21, pp. 6 - 23, 2019.

<sup>30</sup> Autores como Daniel Halberstam, Marcus Hahn-Lorber, Matej Avbelj, Jan Komárek, Alec Stone, Von Bogdandy, Julio Baquero Cruz y Neil MacCormick también son referentes en el tema.

<sup>31</sup> En esa misma línea, Brian Tamanaha hace referencia a la interacción entre sistemas legales adicionales al nacional y el internacional. De hecho, este autor expande los conflictos a los sistemas consuetudinarios, religiosos, económicos y funcionales (como los reglamentos de las universidades). En estos casos, el autor opta por la convivencia complementaria (complementary coexistence) entre los sistemas. Esto es, garantizar la convivencia de distintos sistemas en un campo social y que, entre ellos, se reconozcan y se complementen. Tamanaha, Brian Z. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. St. John’s University, 2008. pp. 1 - 5 y 50 - 54.

<sup>32</sup> Sobre este punto, precisamente, Berman cita a Thomas M. Franck. Clan and Superclan: Loyalty, Identity and Community in Law and Practice. 90 Am. J. Int’l L. 359, 374, 1996, cuando afirma que: The powerful pull of loyalty exerted by the imagined nation demonstrates that, even in the age of science, a loyalty system based on romantic myths of shared history and kinship has a capacity to endure.

homogeneización o estandarización internacional<sup>33</sup>. Por medio de este, se busca que el derecho se construya a partir de las diferentes comunidades creadoras de normas que buscan convivir entre sí.

Ahora, con *pluralismo* reconoce que el derecho debe incluir más que normas formalmente establecidas por las instituciones estatales, pues las comunidades no estatales también tienen normas que lo construyen. De antaño, explica el autor, los pluralistas legales exploraron las inmensas formas en las que los sistemas legales interactúan entre sí y observaron que la mera existencia de múltiples sistemas puede crear espacios para la contestación, resistencia o adaptaciones creativas.

Así, Berman afirma que el pluralismo cosmopolita ofrece una descripción más precisa del mundo en el que vivimos, debido a que facilita la creación o preservación de los espacios de interacción entre las diversas normas y puntos de vista. Al reconocer que múltiples comunidades, legítimamente, pueden desear que se apliquen sus normas en un caso concreto, surge una mejor toma de decisiones (con alternativas más creativas), mejor cumplimiento y aceptación de las normas y mejores resultados en la práctica.

Para materializar esta postura, el autor propone la creación de mecanismos, instituciones o prácticas actitudinales que ayuden a mediar los conflictos normativos. Con ello, se crearía un sistema jurídico autónomo y permeable, donde, a través de una interacción dialéctica e interactiva, las normas externas (estatales o no estatales), independientemente de su estatus formal, afecten al sistema, pero no lo dominen.

Los mecanismos, instituciones o prácticas ayudarían a que se tome al pluralismo legal con el rigor que se merece, en vez de imponer normas con base en imperativos de universalidad o soberanía, eliminando la diversidad. Por medio de estos elementos se buscan formas de reconciliar las normas en conflicto, acudir a aplicaciones alternativas para resolver o, por lo menos, otorgar una explicación razonada sobre el porqué de la imposibilidad de la aplicación de una norma diferente en un caso concreto<sup>34</sup>. Según el autor, la pretensión es que las implicaciones del pluralismo se reflejen en el análisis que se realiza sobre la aplicación de las normas, sin que ello implique que ciertas normas externas no puedan ser inaplicadas (o derrotadas) por otras consideraciones.

Por añadidura, se transformaría la idea de jurisdicción para entenderla como un espacio discursivo<sup>35</sup> donde los jueces se vean a sí mismos como miembros de un sistema con diversas normas donde todas las comunidades puedan acercarse al derecho<sup>36</sup>. Los jueces deberían inclinarse hacia lo que el autor llama la “redundancia jurisdiccional”, esto es, un escenario creador de normas híbridas que no correspondan a un ordenamiento en particular.

En definitiva, el pluralismo cosmopolita no busca proveer lineamientos autoritarios para determinar qué normas deben prevalecer, tampoco busca responder definitivamente quién debe resolver el conflicto. Este, más bien, establece un modelo *ius generativo*<sup>37</sup> que se enfoca en la reconocer la importancia de las intervenciones creativas de las diferentes comunidades<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> En otras palabras: Turning to legal regimes, which model of communication across difference should we embrace: one that erases difference and assumes commonality or one that seeks communication across difference? BERMAN, PAUL SCHIFF. *Op. Cit.* Capítulo 4, Universalism and Its Discontents. Página 131.

<sup>34</sup> Even when a decision maker cannot defer to an alternative norm (because some assertions of norms are repressive, violent, and/or profoundly illiberal), procedures for managing pluralism can at least require an explanation of why deference is impossible. BERMAN, PAUL SCHIFF. *Op. Cit.* Capítulo 1, Introducción. Página 9.

<sup>35</sup> Jurisdiction becomes the way a community – any community – seizes the language of law, attempts to construct itself as a coherent community, and offers a norm, thereby asserting its “soft” power. The assertion of jurisdiction is therefore a mechanism that opens up an opportunity for negotiation across distance. BERMAN, PAUL SCHIFF. *Op. Cit.* Capítulo 7, The Changing Terrain of Jurisdiction. Página 214.

<sup>36</sup> “(...) the idea is that when two legal communities claim jurisdiction over an actor, one community agrees not to assert jurisdiction, but only so long as the other community takes action. This is a hybrid mechanism because one community does not hierarchically impose a solution on the other, but it does assert influence on the other’s domestic process through its mere presence as a potential jurisdictional actor in the future.” Ibid. Página 240.

<sup>37</sup> El autor acude a Benhabib, Seyla. Another Cosmopolitanism. 49 Robert Post, ed., 2006, para complementar la definición, así: “Whereas natural right philosophies assume that the principles that undergird democratic politics are impervious to transformative acts of popular collective will, and whereas legal positivism identifies democratic legitimacy with the correctly generated legal norms of a sovereign legislature, jurigenerative politics is a model that permits us to think of creative interventions that mediate between universal norms and the will of democratic majorities.”

<sup>38</sup> Cosmopolitan pluralism is thus not a framework that dictates particular substantive outcomes. It observes that various actors pursue norms, and it studies the interplay, but it does not propose a hierarchy of substantive norms and values. BERMAN, PAUL SCHIFF. *Op. Cit.* Capítulo 1, Introducción. Página 16.

El pluralismo cosmopolita de Berman se puede resumir en seis premisas, expuestas por el autor, a saber:

1. Es imposible desconocer la multiplicidad de ordenamientos y la inevitabilidad de los choques normativos.
2. Hay que buscar un punto medio entre el universalismo y la soberanía para buscar la acomodación entre la diversidad.
3. El reconocimiento de la importancia de las normas de las diferentes comunidades conduce a un mejor cumplimiento y aceptación de las normas.
4. Dicho reconocimiento se da a través de prácticas y mecanismos procesales e institucionales.
5. Hay que hacer explícitas las diferencias para argumentar y decidir a partir de ellas: modelo *ius generativo*.
6. La coexistencia normativa puede llevar a que no siempre se puedan cumplir todas las normas, empero con el pluralismo cosmopolita, por lo menos hay que decirlo, justificarlo y delimitarlo.

## 2.2 *El Pluralismo Postnacional de Krisch*

Los procesos de integración, cada vez más comunes en la era de la globalización, suponen que el derecho regional y el internacional están cada vez más mezclados con el orden nacional. Las fronteras entre órdenes van desapareciendo<sup>39</sup>, por lo que se hace importante pensar en los principios y las formas de legitimación del derecho. En este contexto, Krisch sostiene que los ordenamientos jurídicos han dado un giro hacia un orden postnacional pluralista.

El término postnacional fue desarrollado por Habermas al ubicar la idea de Estado-Nación en un conjunto de numerosos actores, pues este dejó de concebirse como un ente unitario y perfectamente autónomo en el desarrollo de su normatividad. Así, comenzaron a hacer parte del panorama, entre otros, organizaciones internacionales, multinacionales y ONGs.

Es aquí donde surge el pluralismo como respuesta, eliminando la idea de que las constituciones son el centro de los ordenamientos jurídicos y proponiendo que la base de la estructura repose sobre una interacción heterárquica entre los diferentes ordenamientos. Dicha interacción permite integrar la gobernanza global, distribuir poderes y, sobre todo, resolver conflictos normativos.

En palabras de Krisch:

Postnational pluralism recognizes the blurred separation of layers of law but does not seek to reorganize them in an overarching legal framework, as does constitutionalism. It envisages a heterarchical structure in which the interaction of different layers is not ultimately determined by one legal rule but influenced by a variety of (potentially conflicting) norms emanating from each of the layers. Between the different layers, there is no common point of reference in law; their relationship is fundamentally open and depends, in large part, on political factors<sup>40</sup>.

Por su parte, Krisch afirma que la variante institucional del pluralismo no es más que un rezago del constitucionalismo, caracterizado por fijar un marco de referencia – constitucional- común entre los órdenes. Por el contrario, el pluralismo sistémico ha surgido como una alternativa que evita un marco común, a favor de una gestión descentralizada de la diversidad. Evidentemente, el autor apoya el desarrollo del pluralismo sistémico<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Por ejemplo, lo que sucede en materia de derechos humanos. Donde el derecho internacional y los ordenamientos nacionales parecen estar comunicándose en una misma lógica. En este sentido, los jueces incrementan la medida en la que se guían por las normas y principios del derecho internacional, a la hora de interpretar las constituciones nacionales, en un fenómeno conocido como globalización constitucional. De esta forma llegan incluso a aplicar normas que no son vinculantes para el país (Ej. Caso Baker en Canadá). Este fenómeno es también conocido como la normalización de los estándares globales y de derecho internacional en las estructuras regionales y nacionales. La estructura de esta normalización incentiva a los Estados a seguir esta tendencia, so pena de perder valiosas alianzas mercantiles. Krisch, Nico. *Op. Cit.* Página 8.

<sup>40</sup> KRISCH, NICO. Capítulo 9. Página 298.

<sup>41</sup> Halberstam señala: The pluralist alternative questions two traditional assumptions of constitutionalism. First, it questions the view that a constitutional system is always entirely closed to legal claims from beyond the system. Second, it questions the view that a constitutional system necessarily establishes an absolute institutional hierarchy within the system. Pluralism suggests that constitutional systems – both traditional national systems and more loosely ‘constitutional’ systems at the supranational or international level – may be structurally open to multiple claims of legal authority. HALBERSTAM, DANIEL. *Op. Cit.* Página 43.

Según su análisis, en el pluralismo postnacional los conflictos han de solucionarse a través de la convergencia y acomodación mutua, sin crear un marco de referencia que sobrecargue a los órdenes, y siempre confiando en que ellos serán capaces de definir reglas para dirimir sus propios conflictos. Esto ofrece una posibilidad de adaptación a los cambios, un espacio para la contestación y la posibilidad de ejercer pesos y contrapesos (*check and balances*). Se trata de un escenario que, en sus palabras, tiene el rostro de Juno, pues si bien permite mantener el *status quo* también da cabida a la resistencia<sup>42</sup>.

De acuerdo con Krisch, en este contexto, el peso, uso y valor de las normas depende de factores actitudinales, normativos y estratégicos<sup>43</sup>. Según este autor, el pluralismo, al dar más espacio para el reconocimiento “del otro”, puede llevar a mayor compromiso y cumplimiento. Además, permite someter a control ciertas decisiones y normas<sup>44</sup>.

Del análisis se extrae que el pluralismo nace como una estrategia para superar los problemas que el constitucionalismo encuentra a la hora de adaptarse a una perspectiva postnacional. Este último genera fuertes desacuerdos puesto que se empeña en tratar de construir una jerarquía. Por el contrario, el pluralismo, con el importante papel que le da al diálogo, fortalece valores como la democracia y la justicia, trabajando en la adaptabilidad y resolviendo el afán de los ordenamientos por alcanzar la supremacía. Además, el pluralismo resulta mucho más adaptado a la realidad actual que cualquier corriente dualista, ya que este entiende que los actores internacionales cada vez son más y están más mezclados.

De acuerdo con Krisch<sup>45</sup>, existen tres argumentos principales con base en los cuales los doctrinantes han defendido el pluralismo:

1. Adaptación a los cambios: El pluralismo promete una adaptación a los cambios más rápida y menos formalizada que el constitucionalismo. Lo anterior, al dejar que la relación entre subórdenes sea indeterminada, y al renunciar a la estructura rígida y estable que una Constitución y algunas estructuras institucionales propias de estos sistemas acarrearán.
2. Contestación: En caso de que alguno de los órdenes pretenda mostrar cualquier tipo de superioridad sobre los demás, el pluralismo también le otorga herramientas para defenderse a aquellos que fueron relegados. Esto permite que ninguno de ellos ostente el monopolio del poder, y que el debate encuentre su propio espacio, incluso cuando los opositores sean las minorías. Sin embargo, Krisch hace la claridad de que, en este punto, el pluralismo sólo supera al constitucionalismo cuando la figura de la Constitución alcanza un alto poder diferencial en un ordenamiento jurídico, es decir, cuando la figura de la Constitución sirve como instrumento para darle mayor legitimidad a las posturas de los actores más débiles. Por otra parte, el autor hace la claridad de que esto es posible si se consigue una política postnacional más asentada, que no permita una institucionalización controlada por las mayorías.
3. “*Checks and Balances*”: Un sistema de pesos y contrapesos en la gobernanza global garantiza la convivencia y la adecuada comunicación para el control entre órdenes productores de normas. En la supremacía que propugna el constitucionalismo, no hay lugar para otra cosa que no sea la jerarquía<sup>46</sup>.

A pesar de estos tres argumentos, no se puede negar, como concluye Krisch, que un mayor enfoque en los procedimientos para la determinación de un marco estructural de la política sería de gran utilidad para el modelo pluralista.

---

<sup>42</sup> KRISCH, NICO. Op. Cit. Capítulo 3. Página 11.

<sup>43</sup> Ibid. Capítulo 4. Página 18.

<sup>44</sup> Ibid. Capítulo 8. Página 17.

<sup>45</sup> Ibid. Capítulo 3. Página 7.

<sup>46</sup> Halberstam también hace referencia al checks and balances, así: From peace and human rights to trade and financial security, collective systems can augment the power of self-governance through self-binding. A mutual legal precommitment on the part of two systems that stand in a relationship of pluralism to one another can, by a similar logic, enhance – not reduce – the effectiveness of either system of governance. Call this global checks and balances, if you will. Halberstam, Daniel. *Op. Cit.* Página 27. Lo mismo hacen Mazmanyán, Armen; Popelier, Patricia; y Vandenbruwaene, Wermer en *Constitutional Courts and Multilevel Governance in Europe*, En: Mazmanyán, Armen; Popelier, Patricia; y Vandenbruwaene, Wermer, *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*. Intersentia, 2013; afirmando que el diálogo entre los ordenamientos promueve el sistema de frenos y contrapesos (checks and balances), puesto que busca garantizar la mayor protección de derechos al escuchar los argumentos de las distintas interpretaciones y sacar conclusiones más razonables.

Por otro lado, el autor expone que, desde una perspectiva que va más allá del Estado, el patrón pluralista acarrea ciertas implicaciones para la democracia y para el “*rule of law*”, que se pueden presentar como retos.

En primera medida, Krisch señala que la democracia, como garante del ejercicio legítimo del poder público, debe ser trasladada de la esfera nacional al orden postnacional. Esta mudanza puede afectar el funcionamiento y la comprensión del concepto mismo de democracia, al no existir, por ejemplo, un *demos* mundial formalmente constituido que permita el ejercicio de la participación ciudadana<sup>47</sup>. Tal y como lo señalan algunos autores<sup>48</sup>, este traslado puede comprometer significativamente los elementos considerados como esenciales, por lo menos a nivel nacional, del modelo democrático.

El camino para replantear estas dudas, para Krisch, comienza por entender que la democracia a nivel nacional tiene una connotación distinta a la del orden postnacional, pero que ambas tienen una relación complementaria. Este vínculo sale a la luz una vez que se reducen las altas expectativas a las que se somete el principio democrático en el orden postnacional y deja de buscarse la proyección idéntica de las instituciones y procesos nacionales en el nivel postestatal<sup>49</sup>. Así, el autor relaciona algunos dilemas, que implican elementos considerados como vitales para el entendimiento del proyecto democrático, con perspectivas de armonización a la luz del pluralismo.

Para empezar, Krisch intenta arrojar una solución a las dificultades de la pluralización de instituciones, especialmente en lo que respecta a la atribución de responsabilidad de las mismas y al reto de garantizar la participación pública<sup>50</sup>. Esto lo hace proponiendo la creación de centrales locales de rendición de cuentas accesibles a los ciudadanos, sin descartar que estos puedan llegar a tener un carácter cuasi parlamentario.

Por otro lado, al cuestionamiento sobre la forma de escuchar los múltiples y nacientes colectivos propios de la ya mencionada pluralización de instituciones, el autor sugiere explorar caminos alternativos que, como mínimo, cuenten con canales democráticos para que estos grupos hagan oír su voz.

Finalmente, para superar la ineficiencia que acarrearía proyectar los procesos electorales en el orden transnacional, la teoría propone conservar los principios que respaldan estos mecanismos, tales como la deliberación y la contestación, materializados en activismo, protestas y plebiscitos<sup>51</sup>.

De esta manera, aunque es necesario renunciar a las manifestaciones típicas de la democracia, puesto que los procesos que acarrea serían dispendiosos y posiblemente no tan fructíferos como se esperaría, los fundamentos de la misma se conservan. Así, la esencia de la democracia, en lo relativo a la participación ciudadana y al intercambio de ideas para la construcción de soluciones, es aquello que se destaca y puede ser traducido al lenguaje postnacional.

En lo que respecta a las implicaciones sobre el *rule of law*<sup>52</sup>, el autor señala que el pluralismo acarrea cierta incertidumbre, en la medida en que el individuo se enfrenta a una amplia esfera de fuentes normativas potencialmente divergentes<sup>53</sup>. Lo anterior tampoco es sencillo para los Estados, quienes, en medio de todo, están en el deber de garantizar los mismos estándares sustantivos de justicia para todas las personas. Sin embargo, Krisch destaca que el pluralismo no es el único modelo incapaz de alcanzar la integridad del sistema normativo, puesto que el constitucionalismo tampoco logra satisfacer de manera adecuada esta esperada completitud<sup>54</sup>.

---

<sup>47</sup> VELASCO, JUAN CARLOS. Constelación postnacional y gobernanza democrática. Madrid: Instituto de Filosofía del CSIC, No. 22, pp. 163 - 182, 2016. Página 176.

<sup>48</sup> MILLER, DAVID. Sobre la nacionalidad: Autodeterminación y pluralismo cultural. Barcelona: Paidós, 1997. Página 228.

<sup>49</sup> KRISCH, NICO. Capítulo 8. Página 3.

<sup>50</sup> Ibid. Capítulo 8. Página 4.

<sup>51</sup> Ibid. Capítulo 8. Página 6.

<sup>52</sup> Entendido como principio según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, son responsables de las leyes que son promulgadas públicamente, aplicadas por igual, adjudicadas de manera independiente, y que son compatibles con las normas y estándares internacionales de derechos humanos. United Nations. [en línea] [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2015]. What is the Rule of Law. Disponible en: <https://www.un.org/ruleoflaw/what-is-the-rule-of-law/>

<sup>53</sup> KRISCH, NICO. Capítulo 8. Página 9.

<sup>54</sup> Ibid. Capítulo 8. Página 11.

El autor muestra, además, que es fácil señalar al pluralismo por no garantizar la integridad si se considera al *rule of law* como un principio inamovible, cuando en realidad es, y debe ser, una premisa más formal que material que se sacrifica con el fin de alcanzar una resolución justa de los conflictos<sup>55</sup>.

De este modo, es necesario comprender que, incluso en los sistemas tradicionales de comprensión de las relaciones normativas, como el constitucionalismo, factores externos condicionan las decisiones de los jueces y se presentan contradicciones a la hora de la interpretación. También es claro que no tiene sentido defender a capa y espada el principio del *rule of law*, si esto va a significar renunciar a valores superiores, más aún cuando el primero está configurado como un mecanismo para alcanzar la justicia; siendo un medio que nació para ceder ante propósitos esenciales sin los cuales la persecución de un orden transnacional pierde sentido.

Finalmente, la teoría del autor destaca que existen elementos indispensables del pluralismo para garantizar los principios aquí abordados: la democracia, los derechos y el "*rule of law*". Se trata de las normas de interfaz<sup>56</sup>, como se verá en la exposición de los mecanismos que el autor propone para facilitar la interacción normativa en el escenario pluralista.

El pluralismo postnacional de Krisch puede resumirse en cinco premisas, de la siguiente forma:

1. El orden postnacional pluralista nace como respuesta a la conflictiva relación entre los, cada vez más numerosos, sujetos de derecho internacional.
2. El pluralismo es novedoso en la medida en que propone un modelo de interacción normativa heterárquico en vez de jerárquico.
3. El valor agregado del pluralismo es el diálogo entre los entes productores de normas en la escala global, esto permite garantizar de mejor manera los valores básicos del sistema.
4. La adaptación a los cambios, la contestación y la garantía de los checks and balances son los principales beneficios del pluralismo.
5. Más allá de las críticas, el pluralismo es capaz de extraer eficazmente la esencia de la democracia y del *rule of law*.

### 2.3 Pluralismo Constitucional: Walker, Kumm y Maduro.

El pluralismo constitucional ha sido usado en el seno de diversas teorías que pretenden explicar el actual escenario jurídico global. Así, Kumm lo usa para hablar del giro cosmopolita de dicho escenario<sup>57</sup>, Walker habla de él desde la perspectiva de la constitucionalización del ordenamiento internacional<sup>58</sup>, Maduro se sirve del pluralismo constitucional para articular la interacción de los jueces nacionales e internacionales<sup>59</sup>, Komarek o Halberstam para explicar el pluralismo institucional<sup>60</sup> o interpretativo<sup>61</sup>. Más allá de los matices entre unos y otros, todos ellos coinciden en la naturaleza constitucional de ciertos componentes/funciones del derecho internacional, pero, sobre todo, están de acuerdo en que el derecho internacional y el derecho interno son dos ordenamientos diferentes, aunque interdependientes, cuya relación no es jerárquica, por lo que resulta fundamental esbozar una serie de principios que regulen su interacción (*infra*).

Maduro afirma que el pluralismo constitucional hace referencia a una pluralidad de jurisdicciones constitucionales. Según él, actualmente existen cinco expresiones del nuevo pluralismo constitucional. La primera es una pluralidad de fuentes constitucionales; la segunda es un pluralismo de jurisdicciones o de diferentes centros constitucionales; la tercera es un pluralismo interpretativo que se concentra en las diferentes interpretaciones de una misma fuente por parte de instituciones que no obedecen a una lógica jerárquica; la cuarta es un pluralismo de poderes,

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> Ibid. Capítulo 8. Página 2.

<sup>57</sup> KUMM, MATTHIAS. The Cosmopolitan turn in Constitutionalism: On the relationship between constitutionalism in and beyond the State. *Op. Cit.*

<sup>58</sup> WALKER, NEIL. *Op. Cit.*

<sup>59</sup> MADURO, MIGUEL. Courts and Pluralism. Essay on a theory of judicial adjudication in the context of legal and constitutional pluralism. Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009.

<sup>60</sup> KOMÁREK, JAN. Institutional dimension of constitutional pluralism. Eric Stein Working Paper, No. 3, 2010.

<sup>61</sup> HALBERSTAM, DANIEL. *Op. Cit.*

pues nuevos poderes privados y públicos se enfrentan a las categorías dogmáticas tradicionales; y, finalmente, la quinta es un pluralismo de políticas<sup>62</sup>.

Este autor explica que, para mantener una relación sin jerarquías entre los ordenamientos y sus instituciones, es necesario cumplir con ciertas condiciones. Primeramente, los diferentes ordenamientos se deben reconocer entre sí, al igual que el derecho de cada uno a la “libre determinación”. Luego, enfatiza en que los jueces nacionales y los internacionales deben razonar y justificar sus decisiones con base en el contexto global sobre el cual impactan. Lo anterior evita que las cortes decidan casos transnacionales desde una perspectiva puramente doméstica, evitando el diálogo con los demás afectados<sup>63</sup>.

Tras ello, Maduro propone una metodología o un “mapa” que ayude a los jueces a resolver los conflictos entre el orden nacional y el internacional o entre diferentes ordenamientos constitucionales. Dicho mapa se fundaría en la existencia de un constitucionalismo global y los diferentes constitucionalismos nacionales, pero reconoce que aquel es el que tiene la carga de demostrar su valor constitucional superior en el caso concreto para imponerse sobre este, pues el constitucionalismo nacional refleja los intereses de la comunidad, dándole una presunción de superioridad constitucional<sup>64</sup>.

Por otra parte, los individuos y la garantía de sus derechos no dejan de ser una preocupación en su teoría. En una sociedad postnacional, los sujetos comienzan a ser considerados dentro de muchos regímenes diferentes, con repercusiones sobre su sistema de derechos y responsabilidades, en un fenómeno que el autor describe como “Subjectivation”<sup>65</sup>.

Finalmente, una de las virtudes del pluralismo constitucional que encuentra Maduro es que resuelve adecuadamente la tensión, propia del constitucionalismo, entre el particularismo y el universalismo.

Siguiendo estas y otras disquisiciones, en el pluralismo constitucional la relación entre los diferentes ordenamientos - nacional e internacional - no se concibe en términos de jerarquía sino de heterarquía<sup>66</sup>. Walker explica que en el mundo post-westfaliano existen diferentes centros constitucionales y procesos configurados en un orden heterárquico, en vez de uno jerárquico. Allí se busca desarrollar índices empíricos y criterios normativos que permitan entender dicha configuración y evaluar la legitimidad de su desarrollo<sup>67</sup>.

Para el autor, las formas transnacionales han cambiado la configuración legal global, tanto cuantitativamente (los órdenes legales se superponen entre ellos y generan lazos) como cualitativamente (el orden de órdenes que antes concebíamos en términos westfalianos no es tan claro con el derecho internacional). En realidad, lo que existe es caos de órdenes legales, y el pluralismo se ofrece como herramienta para intentar estructurarlo.

Asimismo, expone que la adecuación del derecho a los tiempos modernos se ve ralentizada y obstaculizada por una tendencia a interpretar la nueva configuración del derecho global bajo la

<sup>62</sup> AVBELJ, MATEJ y KOMÁREK, JAN (eds.). Four Visions of Constitutional Pluralism. *Op. Cit.* Página 5.

<sup>63</sup> It is possible to have a coherent legal order in a context of competing determinations of the law so long as all the participants share the same commitment to a coherent legal order and adjust their competing claims in accordance with their commitment to engage in a coherent construction of a common legal order. This also requires their decisions to be deliberated and justified so as to fit with the decisions of the other participants and, in that way, safeguard the coherence of the legal order. MADURO, MIGUEL. The Judicial and Constitutional Challenges of Legal Globalisation. *Op. Cit.* Página 549.

<sup>64</sup> Where (independent) power has been transferred towards the global level we must find a constitutional added value to legitimize the exercise of such power. The tendency here would be to say that when global constitutionalism provides for the inclusion of out of state interests it would overcome that burden. *Ibid.* pp. 559 - 563.

<sup>65</sup> MADURO, MIGUEL POAIRES. We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution. Hart Publishing, Oxford, 1998. Página 9.

<sup>66</sup> 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, David. Constitutional Heterarchy the centrality of conflict in the European Union and the United States. *Op. Cit.* Página 355. Hay quienes, por su parte, se refieren a poliarquía: Sabel, Charles y Gerstenberg, Oliver. Constitutionalising an Overlapping Consensus: the ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order. *European Law Journal*, 16-5, 2010. pp. 511-550.

<sup>67</sup> Se trata de términos y normas a través de los cuales se puedan acomodar los órdenes. Walker, Neil. The idea of constitutional pluralism. *Op. Cit.* Según Halberstam: “We find in both systems a habit of deference and accommodation that enables each system to function as a stable and predictable system of constitutional governance. Let us call this kind of constitutional order, in the absence of hierarchy, constitutional heterarchy. Constitutional heterarchy is a system of spontaneous, decentralized ordering among the various actors within a system. But it is more than that. Constitutional heterarchy is not merely conflict and accommodation based on raw power differentials or random fortuity of positions of relative advantage. Instead, constitutional heterarchy reflects the idea that the coordination among the various actors is based in constitutional considerations, that is, in the values of constitutionalism itself. Because conflict and accommodation are ordered in this way, constitutional heterarchy helps crystallize what these values are. Actors will base their respective claim of superior authority in their relative ability to vindicate the values of constitutionalism. And even when actors make what appears to be a naked bid of power, they will phrase their claim in terms of constitutional principle. Put another way, those normative and interpretative conflicts are carried out in what Neil Walker has called a “constitutional register”. Halberstam, David. Constitutional Heterarchy the centrality of conflict in the European Union and the United States. *Op. Cit.* Página 337.

óptica antigua del Estado tradicional. De superar este error, se podría trabajar incluso en que la nueva configuración fuera lo suficientemente resistente como para sobrevivir a pesar de la inestabilidad política.

El autor expone las siguientes dimensiones de interconexión e interacción de las nuevas relaciones poskeynesianas-westfalianas<sup>68</sup>:

- *Institutional incorporation*: El orden normativo local acoge y le otorga autoridad a un orden normativo externo.
- *System recognition*: El orden normativo local acoge al orden normativo externo bajo un sistema de mutuo reconocimiento que cumple con un papel formal. En este sentido, el ejemplo es el de aquellos ordenamientos locales que se autodefinen como automáticamente vinculantes en ciertos sentidos de derecho internacional. Este tipo de reconocimiento también cubre a organismos internacionales no estatales, para el autor, por ejemplo, de esta dimensión proviene el reconocimiento del Consejo de Europa. En esta categoría también se enmarca el reconocimiento que proviene de la práctica judicial y el precedente, como las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.
- *Normative coordination*: Aquello que tiene reconocimiento, pero está fuera de las conexiones bilaterales o multilaterales entabladas por distintos países. Los ejemplos son la OMS, el Grupo de Acción Financiera Internacional, el Comité de Basilea, la ICANN, la ISO y la Agencia Anti Dopaje.
- *Environmental overlap*: Como su nombre lo indica, se trata de los puntos de contacto de distintos ambientes económicos y sociales, por los cuales los Estados se han visto en la necesidad de crear nuevos nexos para proteger los intereses comunes.
- *Sympathetic consideration*: Aquí el autor señala la migración de estructuras constitucionales y otras ideas entre órdenes legales, pues existe entre estos órdenes cierta afinidad, tal como, por ejemplo, una base similar en protección a derechos humanos.

En medio de este desorden de órdenes, Walker ofrece una versión menos fuerte del pluralismo, como metaprincipio que intente resolver los conflictos normativos.

En suma, el pluralismo constitucional parte del reconocimiento de que los diferentes ordenamientos se relacionan de forma ‘heterárquica’ y complementaria antes que siguiendo reglas de jerarquía<sup>69</sup>.

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 internacional<sup>70</sup>. En su entender, “la coherencia o unidad de la práctica constitucional se garantizan no con un texto ni con el poder constituyente ni con un árbitro final sino con la deferencia mutua y el compromiso institucional atados todos con principios comunes”<sup>71</sup>. Según explica, desde un paradigma estatal, la autoridad de la constitución deriva de un consenso democrático reflejado en “*We the People*”. Sin embargo, para el paradigma cosmopolita, la autoridad de la constitución depende de la autorización por parte de los principios formales, jurisdiccionales, procedimentales y sustantivos del constitucionalismo (*infra*). Por tanto, la referencia a estos principios reemplaza la idea del interés general o la democracia como principales puntos de referencia para la definición de la autoridad legal<sup>72</sup>.

Estos principios dan cabida al pluralismo constitucional, entendido como el método por el cual se solucionan los conflictos normativos entre los ordenamientos nacionales e internacionales a través de un acercamiento entre sí, por medio de un lenguaje de principios constitucionales

<sup>68</sup> WALKER, NEIL. Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders. *Op. Cit.* Página 374.

<sup>69</sup> 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. MILEWICKS, KAROLINA. Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework. 16 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 413, Vol. 16, No. 2, 2014. Página 425.

<sup>70</sup> 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*. Cambridge: Dunoff & Trachtman Eds, 2009.

<sup>71</sup> KUMM, MATTHIAS. The best of times and the worst of times: Between constitutional Triumphalism and nostalgia. En: DOBNER, PETRA y LOUGHLIN, MARTIN. *The Twilight of constitutionalism?* Oxford constitutional Theory, 2010. Página 204.

<sup>72</sup> KUMM, MATTHIAS. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism. *Op.Cit.* Página 268.

comunes. En algunas ocasiones, estos principios favorecerán la aplicación de normas internacionales sobre las nacionales y, en otras, las nacionales sobre las internacionales<sup>73</sup>.

En ese sentido, 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”<sup>74</sup>. En consecuencia, lo que realmente importa es cumplir los objetivos constitucionales y, por lo tanto, lo que cuenta es la aptitud de la autoridad/herramienta/procedimiento para lograr ese cometido<sup>75</sup>.

Como se observa, según el pluralismo constitucional<sup>76</sup>, derecho internacional y derecho interno son dos ordenamientos diferentes que, no obstante, comparten varios puntos de intersección<sup>77</sup>, sin que ello implique relación jerárquica alguna, por lo que resulta necesario formular una serie de principios para su acoplamiento. Estos principios se construyen tomando en consideración los objetivos de ambos ordenamientos y lo mejor de cada uno de ellos.

Así, esta teoría, como el dualismo, asume la existencia de dos ordenamientos distintos. Sin embargo, a diferencia de lo señalado por Triepel y sus seguidores, estos ordenamientos no son compartimentos estancos. A la luz de la nueva realidad, derecho nacional e internacional se solapan, pues comparten objetivos, destinatarios, competencias e incluso instituciones. En este sentido, el pluralismo constitucional, como el monismo, reconoce la conexión entre los dos ordenamientos, sin que ello signifique, no obstante, unicidad de los mismos ni mucho menos jerarquía o pretensión de universalidad. Es acá donde aparecen los nuevos elementos: la heterarquía, entendida como la existencia de diversos centros de poder –en este caso normativo, institucional y jurisdiccional- que se relacionan de forma horizontal, sin criterio de autoridad superior alguna, y el acoplamiento, visto como el ejercicio a través del cual se logra la convivencia y articulación de los diversos centros de poder.

En síntesis, el pluralismo constitucional establece que:

1. El derecho nacional y el internacional son dos ordenamientos diferentes, pero que están en constante contacto (interdependientes).
2. La interdependencia no implica unicidad.
3. Los conflictos entre sí no se deben resolver en clave jerárquica, sino heterárquica y complementaria.
4. Cada ordenamiento tiene derecho a la “libre determinación”.
5. Los conflictos normativos se deben resolver a partir de principios constitucionales.

### 3. ENCUENTROS Y DESENCUENTROS PLURALISTAS

Como se observa, todas las propuestas pluralistas parten del reconocimiento de un escenario complejo en el que la pretensión de unidad ya no tiene cabida y la lógica jerárquica no sirve como parámetro para la solución de conflictos. Las tres propuestas analizadas dan cuenta de la necesidad de evitar la imposición de unas normas sobre otras, reconociendo la importancia de la diferencia y la diversidad. Son estas posturas las que procuran poner fin a la moribunda vida de las concepciones dualistas o monistas<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> Ibid. Página 274.

<sup>74</sup> PERNICE, IGNOLF. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action. *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, No. 3, 2009. Página 384. De acuerdo con Bogdandy, tomando en cuenta que el monismo y el dualismo están moribundos, en el actual panorama jurídico actual la única respuesta posible es el pluralismo constitucional y con él, el constitucionalismo multinivel. Gracias al pluralismo se conforma un sistema de vínculos sin jerarquía a través del ‘coupling’ que está en manos, entre otros, de las autoridades judiciales quienes usan doctrinas constitucionales tales como el efecto directo y la interpretación conforme para balancear principios constitucionales y asegurar la legitimidad democrática. Von Bogdandy, Armin. *Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional*. México: Universidad Autónoma de México, 2010.

<sup>75</sup> “Constitutional pluralism, which challenge the hierarchical ordering imposed by the principle of primacy, opens doors to an examination of whether the institution which takes a particular decision is in the best position to adopt it and whether the effects of its decision should persist beyond the context of that particular situation.” *Op. Cit.* KOMÁREK, JAN. Institutional dimension of Constitutional Pluralism. Página 2.

<sup>76</sup> El adjetivo constitucional se refiere a la naturaleza de los principios que regulan las relaciones entre estos ordenamientos y no a su pertenencia al ordenamiento constitucional entendido este en términos nacionales. En otras palabras, se trata de principios constitucionales por cuanto ellos constituyen –dan origen y explican- las relaciones entre los diversos ordenamientos en juego.

<sup>77</sup> “El concepto de pluralismo jurídico no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos”. VON BOGDANDY, ARMIN. *Repensar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional*. *Op. Cit.* Página 289.

<sup>78</sup> ACOSTA-ALVARADO, PAOLA ANDREA. *Zombis v.s. Frankenstein: Sobre las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*. *Op. Cit.* Página 29.

En defensa del pluralismo, los diferentes autores, cardinales para este trabajo, afirman que por medio de este se reconoce y defiende la importancia de la pluralidad de normas, actores, instituciones, autoridades e interpretaciones. Las tres propuestas coinciden sobre el impacto positivo del pluralismo sobre el cumplimiento de las decisiones.

Krisch destaca que es una teoría capaz de adaptarse a los cambios con más agilidad que el constitucionalismo, veedora de la contestación, especialmente en favor de las minorías y capaz de hacer que los órdenes se autorregulen entre ellos. Berman, por su parte, señala que el pluralismo nos puede guiar en un mundo con necesidad de interdependencia, con fronteras permeables, múltiples comunidades y jurisdicciones en conflicto, evitando las posturas soberanistas o las universalistas.

Ahora, si bien todos coinciden en la importancia del pluralismo, sus enfoques son diferentes. Mientras que Kumm, Maduro y Walker, entre otros, se inclinan por un pluralismo constitucional, donde los conflictos normativos se resuelvan a través de principios constitucionales, Krisch critica la idea de “lo constitucional” y acude a un pluralismo postnacional, donde se parte de la premisa de que el Estado ya no es el centro del panorama internacional y la solución a los conflictos normativos surge a través de unas normas de interfaz. Berman, con su pluralismo cosmopolita, le otorga más importancia a la existencia de diferentes comunidades, y hace referencia a la necesidad de intentar solucionar los conflictos a través de mecanismos, instituciones o prácticas actitudinales.

Así, las tres propuestas apuestan por estrategias disímiles para solucionar los conflictos. Mientras que Berman aboga por establecer mecanismos, instituciones y prácticas actitudinales, Krisch defiende un sistema en el que los órdenes son capaces de darse sus propias reglas para resolver conflictos cuando estos se presenten<sup>79</sup> y los pluralistas constitucionales acuden a una serie de principios que regulan la interacción normativa. No obstante, todo ellos parten de un presupuesto: el reconocimiento mutuo ante la -insoslayable- interacción jurisdiccional.

Empero, el pluralismo constitucional y el postnacional de Krisch se concentran en el choque entre los ordenamientos nacionales e internacionales. Ambos critican la postura dualista, pues en vez de establecer reglas de jerarquía entre el derecho nacional y el internacional, buscan una estructura heterárquica. Sin embargo, si bien Berman también hace referencia a los conflictos entre el ordenamiento nacional y el internacional, este expande su alcance al tener en cuenta los ordenamientos sub nacionales y las regulaciones sociales vinculantes. De ahí que esta última propuesta se consolide a partir de la diversidad y se incline por soluciones creativas propuestas por las mismas comunidades.

Por su parte, la propuesta de Berman y Krisch tienen en común la no idealización de la armonía como objetivo a la hora de esbozar una teoría para la resolución de conflictos<sup>80</sup>. Conscientes de la gran cantidad de interacciones a lo largo y ancho del nuevo panorama jurídico, los autores entienden que los conflictos normativos existirán, y apuestan por modelos para darles resolución sin intentar eliminarlos u obviarlos.

Habiendo explicado las diferentes posturas, junto con sus puntos en común y en contra, a renglón seguido ahondaremos sobre este último asunto: los métodos de solución o, como se explicará, los diferentes mecanismos para la interacción normativa.

#### 4. MECANISMOS PARA LA INTERACCIÓN NORMATIVA EN UN ESCENARIO PLURALISTA

Dado que la lógica pluralista descarta que la relación entre los diversos ordenamientos se conciba en términos de unidad y jerarquía, tal interacción y la solución de conflictos normativos que trae consigo requiere de otro tipo de herramientas conceptuales. Cada una de las propuestas que

---

<sup>79</sup> Interactions occur in network fashion, through interfaces defined by each subsystem in reaction to its environment, but without the hope for an overarching framework that would structure their relationships; too divergent are their own inner logics. KRISCH, NICO. *Op. Cit.* Capítulo 3. Página 6.

<sup>80</sup> Por el contrario, Delmas-Marty y Miguel Poiars Maduro parecen mucho más inclinados a la búsqueda de la armonización. Ver Poiars Maduro, Miguel. *Europe and the Constitution: What If This is as Good as it Gets?* En: J. H. H. Weiler & M. Wind (eds.). *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 74 - 102, 2003; Poiars Maduro, Miguel. *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*. En: Walker, Neil (ed.). *Sovereignty in Transition*. Oxford: Hart Publishing, pp. 501 - 538, 2003; Poiars Maduro, Miguel. *Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism*. En: Dunoff, Jeffrey y Trachtman, Joel. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge University Press, 2012. pp. 356–379.

acabamos de esbozar apuesta por una serie de estrategias de articulación: Berman los llama mecanismos procesales, diseños institucionales y prácticas actitudinales; Krisch se refiere a ellos como normas de interfaz y los autores del pluralismo constitucional no los han bautizado<sup>81</sup> pero, a la luz de lo indicado por Bogdandy<sup>82</sup>, podría denominárseles mecanismos de acoplamiento. Veamos cada una de estas propuestas.

#### 4.1. *Los mecanismos procesales, diseños institucionales y prácticas actitudinales de Berman*

Como se mencionó, Berman parte del supuesto de que los mecanismos que propone para administrar el pluralismo no determinan la forma específica en la que se deben resolver las controversias normativas, pero esto es, probablemente, “lo mejor que podemos hacer”<sup>83</sup>.

Así las cosas, más que mecanismos de acoplamiento en estricto sentido, Berman propone una serie de premisas para facilitar la convivencia normativa. Estas son:

1. Las interacciones legales dialécticas: de acuerdo con Berman, la interacción no ha de basarse en, ni requiere de, una lógica jerárquica coercitiva. Por ello, la única manera de convivir es a través de “estrategias de acomodación informales e interpretativas para mantener el balance entre la uniformidad y la separación”<sup>84</sup>.
2. El margen de apreciación nacional: Berman aboga por un espacio de maniobra como estrategia de acomodación mutua. Ello implica permitir al operador nacional su propia lectura en tanto se logra un consenso sobre aquellos asuntos respecto de los cuales el alcance de la norma no es del todo claro.
3. Regímenes autónomos limitados: dado que Berman construye su idea pluralista teniendo en cuenta también a los regímenes sub nacionales, llama la atención sobre la importancia de que estos tengan una autonomía limitada, bien sea por criterios funcionales o territoriales. Si bien, en principio, sus reflexiones en torno a este asunto no aplicarían para el escenario que nos incumbe, parece prudente considerar los límites de la interacción; de ello nos ocuparemos más adelante.
4. Esquemas de subsidiariedad: la subsidiariedad busca respetar las decisiones más cercanas a la comunidad, a lo local<sup>85</sup>, y se ha convertido en un mecanismo para determinar la competencia entre lo nacional y lo internacional. Desde el punto de vista de Berman, una autoridad internacional sólo puede sobreponerse a una norma o decisión nacional luego de sopesar el asunto y articular las justificaciones necesarias.
5. Acuerdos de participación híbrida: Berman reconoce la utilidad de instituciones mixtas (con participación nacional e internacional) para resolver ciertos asuntos. Tal es el caso de los Tribunales Penales Internacionalizados.
6. Reglas de mutuo reconocimiento: de acuerdo con Berman, “bajo una política de reconocimiento mutuo, diferentes comunidades retienen sus propios estándares para sus productos producidos internamente, pero acuerdan reconocer los estándares de otra jurisdicción para productos importados de ella”<sup>86</sup>.
7. Acuerdos de puerto seguro: en palabras de Berman: “Instead of fully harmonizing norms, safe harbor principles require that firms doing business abroad abide by some (though not all) of the standards of that foreign community. In return, the foreign community agrees not to impose further regulatory burdens”<sup>87</sup>.
8. Interacción de regímenes: de acuerdo con Berman las interacciones no formales, no jurídicas entre regímenes son cada vez más comunes y deben mantenerse con el ánimo de construir estándares e interpretaciones conjuntas.

Como se observa, la naturaleza de las estrategias que Berman propone para sobrellevar el pluralismo varía. Por una parte, aboga por actitudes de los operadores, por la otra, por diseños institucionales y, finalmente, indica tan solo dos mecanismos procesales: el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación.

<sup>81</sup> Jessica C. Lawrence, por ejemplo, los denomina normas “metaconstitucionales”, puesto que, a pesar de las tensiones, mantienen la unión entre los sistemas. LAWRENCE, JESSICA C. *Op. Cit.* Página 5.

<sup>82</sup> VON BOGDANDY, ARMIN; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO; MORALES ANTONIAZZI, MARIELA. La Justicia Constitucional y su internalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina? *Op. Cit.*

<sup>83</sup> BERMAN, PAUL SCHIFF. *Op. Cit.* Página 153.

<sup>84</sup> BERMAN, PAUL SCHIFF. Jurisgenerative Constitutionalism: Procedural Principles for Managing Global Legal Pluralism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 20, No. 2, 2013. Página 682.

<sup>85</sup> This principle seeks to push authority for decision making “down” to the most local or smallest unit of governance that is feasible. *Ibid.* Página 168. BERMAN, PAUL SCHIFF. *Op. Cit.* Página 153.

<sup>86</sup> *Ibid.* Página 179.

<sup>87</sup> *Ibid.* Página 181.

#### 4.2. Las normas de interfaz de Krisch

De acuerdo con Krisch: en un orden pluralista, las normas y las instituciones de interfaz determinan el alcance de normas procedentes de un suborden, al aplicarlas en otro. Sin embargo, construir normas de interfaz es un reto, puesto que no existe una regla que defina las relaciones entre los diferentes tipos de normas, por el contrario, cada suborden determina sus propias reglas<sup>88</sup>.

Krisch propone tres normas de interfaz, esto es, tres estrategias diferentes para articular la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. En primer lugar, siguiendo a Walker, habla de la “*sympathetic consideration*”<sup>89</sup>. Así, reivindica la importancia de “tener en cuenta al otro” y reconocer su margen de maniobra. En segundo lugar, habla de las diversas formas de reconocimiento condicionado, como la doctrina Solange, según las cuales se aceptan esas otras normas y decisiones siempre que cumplan ciertos mínimos sustanciales. Finalmente, aboga por el minimalismo, en su concepto hay que evitar el activismo y procurar ser lo más respetuoso posible de las funciones y credenciales del otro.

Sumado a esto, Krisch señala de nuevo papel de los jueces en este escenario de “interfaz” y lo pone en los siguientes términos:

Quando los jueces se enfrentan a esta corriente pluralista el marco de referencia institucional sufre una transformación. Las cortes se mueven en el mismo compás hacia idénticos objetivos integradores, por supuesto, se enfrentan a diferencias, pero a través de la reconciliación y de nuevas herramientas se evitan conflictos normativos definitivos. El juez es, por tanto, el mediador entre los órdenes, y no el defensor de uno en específico<sup>90</sup>.

El punto central de la propuesta de Krisch es más sustancial que procedimental. Desde su lectura, lo que importa es el respeto por la autonomía y lo que ello significa en términos normativos. En sus palabras: el enfoque en los derechos y la equivalencia sustancial, con base en el respeto de las diferentes políticas, podría sacrificar necesidades procedimentales para que las normas de interfaz funcionen. La necesidad de respeto por las políticas con diferente grado de inclusión se basa en la autonomía, la cual a su vez tiene unas bases democráticas que Krisch resalta. Además, esto implica que no hay una superioridad normativa por parte de las normas nacionales, sino que a través del respeto se puede determinar qué normas deben aplicarse en la toma de decisiones en un escenario pluralista, independientemente de sus categorías.

De esta manera, después de un sacrificio formal, se van articulando por sí solas las normas de interfaz, revelando factores como el grado de aceptación de las normas, la proximidad de los valores que reflejan, o consideraciones funcionales. Lo anterior gracias a la base de una autonomía fuerte en cada política.

#### 4.3. Los principios del pluralismo constitucional<sup>91</sup>

El nuevo corazón de este agregado teórico son los principios que permiten dar vida a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, aquellos que construyen la relación heterárquica y permiten el acoplamiento. Ellos varían según cada autor.

El profesor Von Bogdandy señala que el efecto directo<sup>92</sup> y la interpretación conforme<sup>93</sup> deben dejar de ser vistos como meras herramientas técnicas, por lo que su contenido debe perfilarse desde los estándares constitucionales. Su función es permitir la articulación de los dos

<sup>88</sup> *Op. Cit.* KRISCH, NICO. Capítulo 8.

<sup>89</sup> *Ibid.* Página 15.

<sup>90</sup> *Ibid.* Página 19. Traducción propia.

<sup>91</sup> Parte de este capítulo se extrae de Acosta-Alvarado, Paola Andrea. Zombis v.s Frankenstein: Sobre las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. *Op. Cit.* Páginas 30 - 34.

<sup>92</sup> La doctrina del *efecto directo* implica que las disposiciones internacionales, deben incorporarse de manera directa a los ordenamientos jurídicos internos, sin que sea necesaria la presencia de agentes mediadores para su incorporación, es decir, tienen un carácter autoejecutivo. Este se erige como un mecanismo para lograr el *acoplamiento* necesario entre ambos órdenes jurídicos, que será satisfactorio en la medida en que, tanto funcionarios judiciales como administrativos, se encarguen de esa tarea. Sobre este asunto ver Von Bogdandy, Armin. Repensar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional. *Op. Cit.*

<sup>93</sup> La doctrina de la *interpretación conforme* es otra de las herramientas que sirven para *deconstruir* la pirámide normativa rígida propia del ius positivismo. Esta doctrina obliga a los operadores jurídicos nacionales a desarrollar ejercicios hermenéuticos respecto de normas internacionales teniendo en cuenta los principios del ordenamiento internacional aplicable al caso, los pronunciamientos que sobre los mismos se hayan hecho y, también, los principios de derecho interno en juego. Al respecto, *Ibid.*

ordenamientos considerándolos de forma sistémica, garantizando la legitimidad de las decisiones y asegurando el respeto de cuestiones esenciales tales como la cooperación internacional, el gobierno democrático, la subsidiariedad y la protección de los derechos fundamentales<sup>94</sup>.

Por su parte, Kumm cree que aun cuando el respeto por el principio de legalidad (i.e han de respetarse los compromisos internacionales) es fundamental, no podemos olvidar que este principio no es suficiente y que en ocasiones puede superarse si entran en juego factores sustanciales, procesales o jurisdiccionales<sup>95</sup>. En sus palabras: “(...) besides the principle of legality, which establishes a presumptive duty to enforce international law, the potentially countervailing principles are the jurisdictional principle of subsidiarity, the principle of due process, and the substantive principle of respect of human rights and reasonableness.”

De acuerdo con el modelo de Kumm, por una parte, tenemos los principios de “legitimidad procesal compleja”, es decir, aquellos que nos permiten saber cuándo una autoridad (nacional o internacional) tiene legitimidad, procesalmente hablando. Por la otra, tenemos la legitimidad sustancial, aquella que sirve para determinar si la autoridad está actuando conforme a ciertos principios relevantes.

En palabras de este autor, cuando hablamos de legitimidad procesal debemos, en primer lugar, pensar en términos de jurisdicción y para ello debemos pasar de la soberanía a la subsidiariedad, es decir, ante un problema/interés común, regulado por normas de diverso origen ha de intentar darse prioridad a la norma/autoridad local<sup>96</sup>, salvo que la consecución del objetivo colectivo no sea posible a partir del trabajo de las autoridades locales o que al realizar un test costo-beneficio resulte necesario ‘romper’ la soberanía para darle prioridad a la norma, interpretación o autoridad internacional<sup>97</sup>. En otras palabras, la soberanía, entendida ahora en términos de responsabilidad, no es el factor determinante a la hora de evaluar la legitimidad de una autoridad/norma.

En segunda instancia, se debe pensar en términos de legitimidad procedimental o “*input legitimacy*”, un tipo de legitimidad que complementa la jurisdiccional y que adiciona criterios de ‘buena gobernanza’. En este sentido, según Kumm, la legitimidad no debe entenderse tan solo desde la perspectiva democrática electoral; en algunas ocasiones la relevancia del interés común en juego puede hacer que las normas nacionales que previenen su salvaguarda, pese a tener respaldo democrático, no puedan prevalecer sobre aquellas internacionales que pretenden su protección (he aquí el vínculo subsidiariedad-proceso y, con ello, el fundamento para hablar de legitimidad cosmopolita<sup>98</sup>).

Así pues, resulta necesario fijarse en otro tipo de factores, según los cuales ha de priorizarse la norma o interpretación cuyo resultado provenga del proceso más transparente, participativo y representativo, un proceso en el que se permita no sólo la participación de los Estados –y sus agentes- sino de otro de tipo de actores, entre ellos, los que representan los intereses de los eventualmente afectados.

En suma, según este autor:

La idea de una legitimidad procesal compleja que subyace al paradigma cosmopolita tiene tres características fundamentales: reemplaza o reinterpreta la idea jurisdiccional basada en el concepto de soberanía prefiriendo el principio de subsidiariedad; insiste en conectar las preocupaciones sobre democracia con las cuestiones sobre jurisdicción cuando para resolver los problemas de legitimidad procesal y establece estándares de buena gobernanza cuando no puede exigirse un control basado en el democracia electoral<sup>99</sup>.

<sup>94</sup> Ibid. Páginas 293 y 294.

<sup>95</sup> (...) international law should be applied even against conflicting national law, unless there is a sufficiently serious violation of countervailing constitutional principles relating to jurisdiction, procedure or substance. KUMM, MATTIAS. The Cosmopolitan turn. *Op. Cit.* Página 277.

<sup>96</sup> Según Kumm, las buenas razones para preferir a las autoridades locales, son, entre otras, la sensibilidad a las preferencias locales, la posibilidad de mayor participación y control, el fortalecimiento de las identidades locales. Ibid. Página 295.

<sup>97</sup> “(...) if there are good reasons for deciding an issue on the international level, because the concerns that need to be addressed are best addressed by a larger community in order to solve collective action problems and secure the provision of global public goods, the arguments from subsidiarity can support and international intervention”. Ibid. Página 296.

<sup>98</sup> “ (...) the commitment to an international legal system that is able to effectively identify and address concerns of the international community”. Kumm, Mattias. The Cosmopolitan turn. *Op. Cit.* Página 301.

<sup>99</sup> Ibid. Página 303. Traducción propia.

Finalmente, en cuanto a la legitimidad sustancial, la aplicación del derecho –nacional e internacional- debe dar cuenta de una empresa común, la de la salvaguarda de ciertos valores, entre ellos los derechos humanos, por lo que la decisión respecto del uso de ciertas normas debe abogar siempre por la mayor y mejor protección posible de esos valores comunes. En este sentido, hay límites a la actividad de las autoridades en términos de lo que es razonable –razón pública- independientemente de si su actuación está o no fundada en una norma de derecho nacional o internacional.

Así las cosas, a la luz de esta teoría no existe una regla única/última de solución de controversias, no se trata de afirmar que siempre prevalece “X o Y” tipo de norma. Los dilemas habrán de solucionarse caso por caso y para ello no podrán aplicarse reglas de talante formalista basadas en el origen de la norma o en su destinatario o en cuestiones de temporalidad (*posterior derogat prior*), la resolución del conflicto dependerá de la autoridad normativa sustantiva<sup>100</sup> de cada una de las variables en juego<sup>101</sup>. De ahí que, para poder llegar a una conclusión, resulte fundamental aplicar los principios que tejen la relación entre derecho internacional y derecho interno.

Por otro lado, Daniel Halberstam se acerca al constitucionalismo con su visión del pluralismo constitucional como un “*limited collective self-governance*”<sup>102</sup>. Consiste en una apertura hacia el diálogo entre las autoridades para que, entre ellas, resuelvan los conflictos con base en principios del constitucionalismo y no en un poder jerárquico. Así, explica que, entendido como idea y teoría del poder público, el constitucionalismo se convierte en el lenguaje común para resolver los conflictos, pues sirve para responder a los reclamos de legitimidad de cada autoridad.

En ese contexto, el constitucionalismo puede dividirse en tres valores: “voz”, “derechos” y “experiencia”. El primero consiste en preguntarse cuál sistema afirma representar, en mayor medida, la intención política; el segundo exige preguntarse cuál sistema ofrece una mayor protección de los derechos; y, el tercero, se trata de analizar cuál cuenta con más herramientas (conocimiento y capacidad burocrática). En efecto, estos tres valores crean un lenguaje común para determinar la legitimidad de cada autoridad en caso de conflictos normativos.

#### 4.4. Las nuevas reglas de interacción normativa: lectura conjunta de las propuestas pluralistas.

Como se observa, ante el nuevo escenario de interacción e interdependencia en el que no sirve la lógica jerárquica, resulta fundamental pensar en estrategias de reconocimiento y articulación. Si bien algunas de las propuestas de los autores pluralistas pueden parecer exóticas, la verdad es que estamos en presencia de “los sospechosos de siempre”: diálogo judicial, margen de apreciación, ponderación, deferencia, etc.

Desde nuestro punto de vista, siguiendo la lógica de Bogdandy, la nueva relación entre el derecho internacional y el derecho interno nos obliga a pensar en mecanismos de acoplamiento. Entendemos por mecanismos de acoplamiento aquellas herramientas hermenéuticas que permiten la convivencia de los dos ordenamientos ayudando a enfrentar las asperezas propias de tal interacción (i.e conflictos). El fundamento de dichas herramientas son los propios principios y normas del derecho nacional e internacional<sup>103</sup>.

Si bien compartimos con Berman y Krisch el que la convivencia normativa es posible, en buena medida, gracias a ciertas estrategias actitudinales y diseños institucionales, creemos que ellas sirven de contexto para los mecanismos de acoplamiento en estricto sentido, pero no son los mecanismos en sí mismos.

Con Berman y Krisch, asimismo, compartimos que se requiere de un cambio de actitud que pasa por el reconocimiento de la existencia del otro, por el intento de acoplamiento y por la justificación de las decisiones que impliquen ignorarlo. Esto conlleva, tal como lo han señalado dichos autores, a una actitud dialógica que trae consigo la reconsideración del papel de los operadores jurídicos, en especial de los jueces (mediadores y no defensores). También creemos

<sup>100</sup> NOLLKAEMPER, ANDRÉ y NIJMAN, JANNE. *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*. Oxford University Press, 2007.

<sup>101</sup> Tal como lo apunta Walter, esto es posible toda vez que existen diferentes ordenamientos jurídicos que en una situación determinada permiten diferentes respuestas (en términos de cuál prevalece) de acuerdo con el tema y los actores en juego. Walter, Christian. *International Law in a process of constitutionalization*. En: Nollkaemper André y Nijman, Janne. *Op. Cit.* Página 204.

<sup>102</sup> HALBERSTAM, DANIEL. *Local, global and plural constitutionalism: Europe meets the world*. En: De Búrca, Gráinne y Weiler, J.H.H. *The Worlds of European Constitutionalism*. Cambridge University Press, 2009. Páginas 150 - 203.

<sup>103</sup> Por ejemplo, el principio de subsidiariedad, la soberanía, la dignidad humana.

que resulta fundamental tener claro que la interacción es condicionada y no se da respecto de todos los asuntos y que, por lo tanto, han de tenerse claros sus límites.

De Krisch rescatamos su reivindicación por lo sustancial. Junto con él, creemos que hay unos mínimos sustanciales que determinan el uso y alcance de las estrategias procesales e institucionales. Además, de las reflexiones sobre la teoría pluralista y lo que ello significa para el principio democrático y el *rule of law* que hace este autor, creemos importante considerar el principio de legalidad y el de debido proceso que señala Kumm.

Ahora bien, estas reflexiones de contexto, que son fundamentales, no explican cómo un operador puede resolver los roces propios de la interacción. Para ello están los mecanismos de acoplamiento. De ellos nos ocuparemos a renglón seguido.

Lo primero que hay que decir es que no existe una lista cerrada de mecanismos de acoplamiento; como en toda relación las estrategias de convivencia pueden evolucionar y varían de escenario en escenario. Por el momento ponemos en consideración cuatro de ellas: el principio de subsidiariedad, el margen de apreciación, la ponderación, y la doctrina Solange.

### i. Principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad, como su nombre lo indica<sup>104</sup>, visto desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), implica que aun cuando existan normas y procedimientos internacionales para la protección de los derechos humanos, primero le corresponde a los Estados respetarlos y garantizarlos. En esta medida, únicamente cuando esa protección nacional sea inadecuada o inefectiva, los mecanismos de derecho internacional entrarán a ejercer su competencia. Esta lógica, propia del DIDH puede extenderse a todo el derecho internacional como derrotero para enfrentar los conflictos normativos entre éste y los derechos nacionales.

La subsidiariedad como respuesta a los conflictos entre autoridades tiene su primera aparición en 1931 con la doctrina de la iglesia católica. En su Encíclica *Quadragesimo Anno*, Pío XI formuló este principio como:

(...) aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y darlo a la comunidad lo que ellos pueden realizar por su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas puedan hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos<sup>105</sup>.

La doctrina católica hace referencia a la existencia de dos órdenes: uno menor y uno mayor. Existe entonces una jerarquía implícita entre ambos órdenes, pues se entiende que el mayor, por incluir al menor y a otros, está por encima. Sin embargo, por medio de la subsidiariedad se desdibuja esa jerarquía, dándole mayor importancia a los individuos o las familias que a la sociedad. Esta última sólo entrará a complementar, no a absorber o destruir en virtud de un bien común mayoritario.

En realidad, el contexto de la doctrina de la iglesia católica es considerablemente útil para entender el alcance del principio de subsidiariedad en la actualidad. Hoy también podemos hacer referencia a dos órdenes: el nacional y el internacional. La finalidad del principio es, asimismo, evitar una “sobrecentralización” del poder por parte de unos de los órdenes (internacional)<sup>106</sup>, o la hegemonía de una supuesta gobernanza global, definiendo los límites de la jurisdicción internacional y las obligaciones de las autoridades nacionales<sup>107</sup>.

En ese sentido, es posible afirmar que, al definir los límites de lo externo sobre lo interno, la subsidiariedad ha reemplazado a la soberanía<sup>108</sup>. No obstante, contrario a la soberanía, la

<sup>104</sup> Según la RAE, por subsidiario se entiende “Que se da o se manda en socorro o subsidio de alguien” o “Que suple a otra principal”.

<sup>105</sup> TAGLE, HUGO. *El Principio de Subsidiariedad*. 3 *Persona & Derecho* 129, pp. 129 - 150, 1979. Página 131.

<sup>106</sup> DELCAMP, ALAIN. *Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity*. *Local and regional authorities in Europe*, No. 55, s.f.

<sup>107</sup> DEL TORO HUERTA, MAURICIO IVÁN. *El Principio de Subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con Especial Referencia al Sistema Interamericano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, s.f. Página 24.

<sup>108</sup> BERMAN, PAUL SCHIFF. *Op. Cit.* Página 169.

subsidiariedad no establece una supremacía de un orden internacional sino que fomenta una consideración juiciosa de otras comunidades capaces de hacer derecho. Una “buena idea” desde el derecho internacional ya no es suficiente para interferir en el derecho nacional, pues se requiere una deficiencia de este para que aquel pueda interferir.

De hecho, al garantizar cierto grado de independencia para una autoridad nacional o local en relación con un organismo internacional, incluso, con el gobierno central<sup>109</sup>, la subsidiariedad ayuda a que la población local conserve su identidad social y cultural, sin dejar de lado la posibilidad de que una autoridad internacional intervenga cuando sea necesario<sup>110</sup>. Efectivamente, se trata de un mecanismo para evitar el universalismo, puesto que se parte de la base de que lo que en una sociedad puede ser realizado por los encargados en el escalafón más próximo al ciudadano no debe transferirse a otro más lejano<sup>111</sup>.

En últimas, la subsidiariedad es un instrumento para legitimar al derecho internacional por medio de la cooperación entre los diferentes órdenes. Lo anterior, puesto que este podría intervenir después de una consideración detallada de las instrucciones de las autoridades nacionales y la compilación de suficientes argumentos para ello. Se busca entonces asegurar el diálogo entre los diferentes órdenes, incrementando la legitimidad del derecho internacional<sup>112</sup>. Cabe resaltar que, la sustitución del orden nacional por el internacional, como lo señalan algunos doctrinantes, no implica la exclusión o desaparición del poder de la instancia deficiente<sup>113</sup>. Se entiende que, si bien el Estado falló en su labor primaria, puede seguir aportando a la búsqueda de mecanismos restaurativos tras la vulneración de los derechos tutelados<sup>114</sup>.

La perspectiva aquí expuesta es claramente garantista y muestra un profundo interés por resguardar los derechos de los individuos, más allá de ostentar el poder con recelo. De hecho, desde una concepción más pesimista, el principio de subsidiariedad también deviene en medida útil en caso de que un Estado se muestre renuente a cumplir con los compromisos adquiridos internacionalmente. En este sentido, existe la tranquilidad de que, en caso de que esto se presente, las normas de derecho internacional entrarán a velar por los individuos, esto al menos desde la teoría.

Este principio ha sido consagrado en distintos cuerpos normativos de derecho internacional. En estos se resalta el carácter subsidiario del orden supranacional, pues está a la espera de la deficiencia en las medidas nacionales. El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos es un claro ejemplo de lo anterior. En la Convención Americana de Derechos Humanos se establece que, una vez que los Estados se han comprometido a respetar los derechos humanos<sup>115</sup> y a adoptar, de acuerdo con su función legislativa, acciones y medidas que fueren necesarias para hacerlos efectivos<sup>116</sup>, estas tienen que ser desplegadas bajo la prerrogativa de que, de no llegar a hacerlo, el sistema internacional entrará a cubrir esta necesidad<sup>117</sup>. En este

---

<sup>109</sup> PAVY, EEVA. [en línea] [Consultado el 25 de septiembre de 2021]. The principle of subsidiarity. En: European Parliament. The European Union's legal system and decision-making procedures. 2021.

<sup>110</sup> BERMAN, PAUL SCHIFF. *Op. Cit.* Página 171.

<sup>111</sup> ACHÁ, DANIEL. El principio de subsidiariedad: clave jurídica de la integración. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2013. Página 16

<sup>112</sup> CAROZZA, PAOLO G. Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. *American Society of International Law*, 2003.

<sup>113</sup> CHICHARRO LÁZARO, ALICIA. El principio de subsidiariedad en la Unión Europea. España: Aranzadi, 2001. Página 35.

<sup>114</sup> De hecho, en algunos casos, la CorteIDH ha reconocido que los Estados están en la obligación de participar en los procedimientos ante la Comisión y la Corte una vez que se han presentado vulneraciones a los Derechos Humanos.. Véase el Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. En el mismo sentido se pronunció en el Caso Villagrán Morales y otros vs Guatemala.

<sup>115</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1969. Artículo 1

<sup>116</sup> Ibid. Artículo 2. Véase también el caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia en lo relativo a las medidas sobre el suministro de recursos judiciales. Corte IDH. Sentencia del 15 de Septiembre de 2005. Y, el Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, sobre el acceso a la justicia. Corte IDH. Sentencia de 7 de junio de 2003.

<sup>117</sup> Por otra parte, el principio de subsidiariedad está reflejado en el artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual señala que si normas diferentes al mismo, garantizan una protección mayor para los derechos humanos y la libertades fundamentales que la Convención, se deberá aplicar las primeras sobre la última. Lo anterior supone que los intereses vitales dentro del marco de los derechos humanos quedan absolutamente protegidos por los diferentes niveles de la gobernanza jurídica. Este, junto con otros principios, como los de los artículos 17(1)a del Estatuto de Roma y el artículo 4(2) del Tratado de la Unión, se han integrado lentamente dentro de la convivencia normativa. Ver, Viellechner, Lars. Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalist and Pluralist Approaches to the Globalization of Law. *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 4, pp. 599-623, 2012. Al respecto, ver también la sentencia 5493/72, de la Corte TEDH, Caso Handyside del 7 de diciembre de 1976. Además, este carácter suplementario se puede ver en el artículo 5(3) del tratado de Maastricht, de donde se extraen tres presupuestos que dan cuenta de la esencia subsidiaria del principio: a) La competencia no exclusiva: El ámbito en cuestión no es de la exclusiva competencia de la Unión; b) Necesidad: Los objetivos de la presupuesta acción no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros; c) Valor agregado: La acción, por su escala o efectos, puede ser implementada de manera más eficaz por la Unión. Finalmente, cabe resaltar que este principio también ha llegado a tomar fuerza

sentido, sólo cuando los Estados se vean en la imposibilidad de alcanzar satisfactoriamente los objetivos de una determinada acción, podrá intervenir el orden supraestatal, como última instancia, para suplir dicho vacío.

De esta forma, una vez que se cuestiona el tradicional concepto de soberanía, la garantía de los derechos humanos se concreta como principal interés de la esfera postnacional. Así, es posible concebir un sistema no jerárquico, puesto que la intervención del derecho internacional no corresponde a la revisión propia de una segunda instancia, ya que no se trata de un superior. Por el contrario, difícilmente la Corte IDH entrará a revisar la sentencia proferida por un organismo jurisdiccional nacional, salvo que esta haya sido proferida al margen del debido proceso<sup>118</sup>, es decir, quebrantando el artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con todo, el principio de subsidiariedad cuenta con dos dimensiones: una sustantiva y otra procesal. Con la primera se busca que el derecho internacional, particularmente en materia de derechos humanos, sea una herramienta complementaria a los catálogos de derechos fundamentales de los Estados, respetando la pluralidad y diversidad cultural. Es decir, el derecho internacional no debe sustituir, “sino complementar, reforzar y en su caso corregir al derecho nacional”<sup>119</sup>. Con la segunda se hace referencia a la forma en la que se distribuyen las tareas entre los jueces nacionales y los internacionales, dejando a este como un auxilio. Ambas dimensiones dan cuenta de una relación heterárquica y no jerárquica entre los ordenamientos, pues ninguno se impone unilateralmente sobre el otro.

Finalmente, a pesar de los beneficios del principio de subsidiariedad, este sigue acarreado algunas tensiones internas, dentro de las que se incluye el choque con el principio de no interferencia. Sin embargo, la garantía que este presupone para los derechos humanos y especialmente para otorgarle un rol más fuerte a los grupos sociales minoritarios con respecto a la figura del Estado, así como para la resolución de conflictos normativos es innegablemente valiosa.

## ii. Margen de apreciación

Se trata de un “dispositivo de interpretación”<sup>120</sup> que concede a los operadores jurídicos nacionales un espacio para decidir sobre asuntos también regulados por el ordenamiento internacional. La posibilidad de conceder tal margen de acción depende de si existe o no un consenso sobre el asunto en cuestión, de si el operador nacional esté mejor ubicado para decidir respecto de dicha cuestión<sup>121</sup> y del tipo de derecho o interés sobre el cual se decide<sup>122</sup>.

Así, el margen de apreciación impide que las cortes domésticas ignoren por completo los pronunciamientos supranacionales, pero garantiza espacio para la variación local, particularmente cuando no existe consenso por parte de un Estado respecto de un tema en particular. En consecuencia, esta herramienta evita que las diferencias entre los sistemas resulten en una total separación.

---

en los ordenamientos nacionales. Ver Rinella, Angelo; Scarciglia, Roberto; Coen, Leopoldo; Antonini, Laura. *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto*. Cedam, 1999.

<sup>118</sup> Véase Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina. Informe de Admisibilidad No. 02/05. En dicho Informe la Comisión Interamericana declaró admisible la petición No. 11.618 en relación con la presunta violación de los derechos consagrados en los artículos 8, 9 y 1.1 de la Convención Americana. También véase el Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua Sentencia de 29 de enero de 1997

<sup>119</sup> DEL TORO HUERTA, MAURICIO IVÁN. *Op. Cit.* Página 28.

<sup>120</sup> BERMAN, PAUL SCHIFF. *Op. Cit.* Capítulo 6, Procedural Mechanisms, Institutional Designs, and Discursive Practices for Managing Pluralism, pp. 152- 190.

<sup>121</sup> O, como lo define Saul, “better placed than an international court to evaluate local needs and conditions”. Saul, Matthew. *The European Court of Human Rights’ Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments*. *Human Rights Law Review*, Vol. 15, pp. 745 - 774, s.f. Página 751. Lo anterior, puesto que el órgano internacional debe reconocer que no está tan bien preparado como los órganos legislativos o administrativos de los Estados para resolver casos de alto impacto social y económico, o de medidas relativas a temas difíciles o sensibles. Gerards, Janneke. *Op. Cit.* Página 111. A wide margin is also left in cases pertaining to the protection of ‘morals’. Especially in the cases relating to sensitive or moral issues, the ‘better placed argument’ is closely related to the ‘common ground factor’. Precisely because there is hardly any consensus as regards certain issues, the ECtHR finds that the national authorities are better equipped than itself to decide about the reasonableness or appropriateness of certain measures.

<sup>122</sup> The breadth of this margin varies and depends on a number of factors including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference. The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual’s effective enjoyment of intimate or key rights (...). Where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted (...). Where, however, there is no consensus within the Member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider. Application Nos 30562/04 and 30566/04. *S and Marper v UK*. 4 December 2008. Párrafo 102.

Se ha argumentado que la existencia de un margen de apreciación debido a la imposibilidad de definición en la interpretación y aplicación de los derechos “tiene como condición esencial la existencia de un Estado de derecho y la constatación de una sociedad democrática a través del pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto”<sup>123</sup>. Por su parte, Delmas-Marty hace referencia a otros requisitos. El primero trata de las circunstancias, las demandas y el contexto; el segundo es la petición legítima del Estado (protección del orden, moral o derechos); y, tercero, el derecho comparado<sup>124</sup>. Además, Andreas Follesdal asegura que, aunado a unos factores similares a los que han sido analizados, los Estados deberán realizar un juicio de proporcionalidad que dé cuenta de la protección que puede otorgar el propio Estado<sup>125</sup>.

Tal como se ha mencionado en otra ocasión<sup>126</sup>, la aplicación del margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, principalmente en Colombia, se ha visto limitada por el tipo de violaciones que se presentan (y su contexto) y por el elemento central de este texto: la forma en la que se estructura la relación entre derecho internacional y derecho interno en los ordenamientos latinoamericanos. Sin embargo, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han acudido a esta herramienta en algunas ocasiones.

En el informe sobre Efraín Ríos Mott en Guatemala, la Comisión no solo aplicó la doctrina del margen, sino que también explicó sus límites. El caso hacía referencia a las reglas de elegibilidad para los cargos de elección popular y la Comisión determinó que existía una posibilidad de variabilidad en la materia. Dicha discrecionalidad depende entonces de las circunstancias de cada caso y las concepciones jurídicas prevalecientes en el período histórico<sup>127</sup>. Decisiones similares ha tomado en materia de objeción de conciencia<sup>128</sup>, libertad de trabajo<sup>129</sup> o declaratorias de estados de emergencia. Sobre este último, la Comisión advirtió que la posibilidad de la implementación del margen de apreciación se debe a que los Estados tienen “un conocimiento directo e inmediato de las circunstancias por las que atraviesa el país”<sup>130</sup>.

Por su parte, la Corte IDH ha aplicado o analizado la doctrina del margen de apreciación en materia del derecho a la vida<sup>131</sup>, libertad personal<sup>132</sup>, garantías judiciales<sup>133</sup>, libertad de

<sup>123</sup> BARBOSA DELGADO, FRANCISCO R. El Margen Nacional de Apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Entre el Estado de Derecho y la Sociedad Democrática. pp. 74 - 75. En: ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA y NÚÑEZ POBLETE, MANUEL. El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales. Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

<sup>124</sup> DELMAS-MARTY, MIREILLE. Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World. Oregon, Hart Publishing, 2009. Páginas 39 - 59.

<sup>125</sup> FOLLESDAL, ANDREAS. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. Oxford University Press and New York University School of Law, 2017. Concerns that such a Doctrine is inappropriate for the IACtHR due to the less democratic states in its jurisdiction are misguided in at least two ways: the range of “democratic quality” of the member states is not so different among the two courts as to make a difference, and the Doctrine—favorably interpreted—can be applied to states with a large variation in democratic quality. Indeed, the Doctrine may itself serve to promote democratic deliberation and independence of the judiciary, by “nudging” states to perform an independent proportionality test as a necessary condition for enjoying a margin of appreciation.

<sup>126</sup> ACOSTA-ALVARADO, PAOLA ANDREA. Los Casos Colombianos Ante el Sistema Interamericano y el uso del Margen de Apreciación: ¿Ausencia Justificada? En: Acosta Alvarado, Paola Andrea y Núñez Poblete, Manuel. El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales. Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

<sup>127</sup> CIDH. Informe núm. 30/93, caso núm. 10.804, José Efraín Montt *vs.* Guatemala, 12 de octubre de 1993, párr. 24.

<sup>128</sup> CIDH, Informe 43/05 caso núm.12.219, Cristian Sahli y otros, 10 de marzo de 2005, párrs 37-38.

<sup>129</sup> CIDH, Informe sobre los casos núm. 9.777 y núm. 9.718, Máximo Bomchil y Alejandro Ferrari, 30 de marzo de 1988.

<sup>130</sup> CIDH. Informe núm. 48/00, caso núm. 11.166, Walter Vásquez Vejarano *vs.* Perú, 13 de abril de 2000.

<sup>131</sup> Corte IDH. Caso DaCosta Dogon *vs.* Barbados. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 204; Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros *vs.* Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 257.

<sup>132</sup> Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 170.

<sup>133</sup> Corte IDH. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 10.

pensamiento y expresión<sup>134</sup>, protección a la familia<sup>135</sup>, propiedad privada<sup>136</sup>, derechos políticos<sup>137</sup>, igualdad<sup>138</sup> y protección judicial<sup>139</sup>. Si bien, a comparación del Sistema Europeo, la implementación del margen no es del todo frecuente en el Sistema Interamericano, los casos analizados demuestran que, cuando se permite su aplicación, esta se limita a que exista legalidad, respeto por el bien común, necesidad, temporalidad, proporcionalidad, prohibición de discriminación, idoneidad, finalidad y compatibilidad con las obligaciones internacionales.

La amplitud del margen depende entonces del tipo de obligación en juego y del ejercicio de proporcionalidad que presente el Estado. Por ejemplo, en el caso *Mémoli vs. Argentina*, donde se alegaba la violación a la libertad de expresión por la condena penal impuesta por las denuncias públicas sobre la venta irregular de nichos en el cementerio local, la Corte concedió el margen al Estado al encontrar que: i) la condena se estableció con fundamento en una norma prevista en el ordenamiento; ii) el Estado tenía una finalidad legítima; iii) algunas expresiones utilizadas por los demandantes atentaban contra derechos fundamentales; iv) constituye una medida válida y legítima bajo la Convención Americana; v) las autoridades judiciales argentinas actuantes en el caso hicieron una ponderación razonable y suficiente; y vi) las sanciones impuestas no fueron desproporcionadas<sup>140</sup>.

A pesar de sus limitaciones en América Latina, el margen de apreciación surge como un mecanismo jurídico valioso a la hora de resolver los conflictos normativos y lograr una coexistencia estable entre los ordenamientos. La limitación por el tipo de violaciones se reduce a la hora de realizar un análisis detallado sobre la postura del Estado. Utilizando elementos como la proporcionalidad, la existencia de un Estado de Derecho, el contexto del Estado, esto es, la postura de su población respecto del caso concreto o la capacidad del mismo para expedir las medidas necesarias que resuelvan casos de alto impacto social y económico, entre otras, es posible verificar la amplitud del margen, protegiendo y garantizando los derechos, pero, a su vez, evitando una relación tóxica donde se hace lo que diga el otro simplemente porque así lo dijo.

### iii. Ponderación

La metáfora de la ponderación es bastante popular en el mundo jurídico. En ella se articulan las “teorías de interpretación constitucional que se fundamentan en la identificación, valoración y comparación de intereses contrarios”<sup>141</sup>. Estos intereses, en realidad, se traducen en derechos fundamentales, entendidos como mandatos de optimización con alcances variables que necesariamente entran en colisión entre sí. Es, en efecto, un mecanismo donde los jueces colocan dos intereses en una balanza y se encargan de decidir cuál tiene mayor peso, entendido como importancia en el caso concreto. Sin embargo, la balanza no siempre se debe inclinar hacia uno u otro lado. Puede ocurrir que los jueces logren un equilibrio entre el peso de cada interés (ponderen), repartiendo a cada uno lo que le corresponde.

<sup>134</sup> Corte IDH. Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 195; Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 177; Corte IDH. Caso *Mémoli vs. Argentina*. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 265.

<sup>135</sup> Corte IDH. Caso *Atala Riffo vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 239.

<sup>136</sup> Corte IDH. *Comunidad Myagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 79; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 146; Corte IDH. *Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Sentencia de 8 de febrero de 2006. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 145; Corte IDH. *Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 127; Corte IDH. *Caso Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 142.

<sup>137</sup> Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 184.

<sup>138</sup> Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 310.

<sup>139</sup> Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 97; Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 154.

<sup>140</sup> Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 265. Párr. 113-185. Ver, asimismo, Cardenas Contreras, Luz Eliyer. *La evolución del margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos como doctrina Transregional*. Universidad Externado de Colombia, 2019. pp. 41 - 42.

<sup>141</sup> ALEINIKOFF, T. ALEXANDER. *El Derecho Constitucional en la Era de la Ponderación*. Aliaga Gamarra, Jimena, Trad. Palestra Editores, 2010. Página 23.

Ahora bien, la ponderación es tan solo un elemento de un criterio más extenso y reconocido en América Latina: el principio de proporcionalidad. Mientras que la ponderación se desarrolló en la jurisprudencia de Estados Unidos, la proporcionalidad surge en la alemana. Esta última es un criterio jurídico utilizado para la aplicación judicial de los derechos fundamentales. Consta de tres subprincipios: la idoneidad, necesidad y la ya mencionada ponderación. Cada subprincipio define una exigencia que cualquier limitación a un derecho fundamental debe satisfacer<sup>142</sup>. En este caso, la propuesta se limita al tercer subprincipio dentro de la proporcionalidad, pues el ejercicio de ponderación, que puede ser realizado por los jueces internacionales al elaborar una decisión que ordenarán sea implementada por los Estados o por los jueces nacionales al tomar una decisión que está permeada por normas de otro ordenamiento, es un criterio metodológico que sirve para definir la mayor medida posible en la que un principio debe ser cumplido. En este caso, este mecanismo se aplica para encontrar la mayor medida posible en la que se deben aplicar los postulados del derecho internacional o del nacional.

Se hace evidente que, a pesar de que la ponderación suele ser implementada para resolver choques entre intereses de los individuos con los del gobierno, en este contexto se busca que se implemente para resolver los conflictos normativos entre los diferentes ordenamientos. Para ello, encontramos que dos de los modelos de pluralismo constitucional propuestos por MacCormick dan cuenta de la necesidad de acudir a la ponderación. Este autor, por un lado, propone un pluralismo constitucional radical, donde se analizan los intereses de dos ordenamientos diferentes y se termina aplicando uno en específico. O, por otro lado, el pluralismo monista, donde se identifica un área común entre ambos intereses para que de ahí surjan los mecanismos que resuelvan los conflictos entre las dos primeras dimensiones<sup>143</sup>. Evidentemente, el pluralismo radical opta por una ponderación que termina inclinándose por una postura en específico, mientras que el pluralismo monista busca encontrar el equilibrio entre los intereses en una tercera dimensión y, a partir de ahí, otorgarle a cada uno lo que le corresponde.

En este punto, resulta relevante acudir a Mattias Kumm. El autor explica que, frente a un conflicto normativo, los jueces no deben asumir su autoridad indiscriminadamente. Estos deben reconocer que las diferentes autoridades pueden concluir diferentes grados de realización de los principios. De ahí que su función consista en articular las normas que balancean o “reconcilian” los principios en conflicto en el máximo grado posible. Así, en vez de imponer una postura sobre la otra, los jueces deben ponderar entre los diferentes grados de realización para “reconciliar” las posturas en conflicto. Para ello, deben definir cuáles son los principios que están en juego, cómo deben ser entendidos y cómo se deberían resolver los choques entre sí, respetando sus diferentes alcances<sup>144</sup>. En últimas, lo que se busca balancear son principios que pueden ser realizados en un nivel o más alto o más bajo. De ahí que el problema sea considerar que la ponderación se da entre puntos absolutos y que necesariamente se deba imponer X o Y interés. Al contrario, lo que se debe alcanzar son soluciones que sean más conscientes de los diversos contextos y busquen que los principios puedan ser realizados en el mayor grado posible, esto es, encontrar un punto intermedio entre los grados de realización.

El funcionamiento de esta norma de interfaz es acorde con una visión pluralista del derecho, permitiendo comparar varios puntos de vista y, por medio de un proceso de argumentación, decidir si algún interés prevalece sobre otro o si se deberían repartir las cargas entre ambos principios. Sobran, y sobrarán, las críticas sobre este punto. Cuando se trata de los puntos de vista entre el gobierno y un individuo, la ponderación ha sido fuertemente criticada y ahora, cuando se trate de sopesar los puntos de vista de diferentes ordenamientos, las mismas críticas saldrán a flote. Entre ellas, se arguye que la ponderación es una fórmula retórica o una técnica de poder que carece de un concepto claro y una estructura jurídica precisa; que es irracional porque implica la comparación de intereses que, por sus diferencias radicales, no serían comparables; y que sigue siendo irracional porque es imposible predecir sus resultados<sup>145</sup>.

Como se observará en el próximo capítulo, estas críticas son similares, quizá idénticas, a las que se formulan en contra de la figura del pluralismo constitucional. Sobre estas, se señala que ignoran la imposibilidad de una completa objetividad del derecho. Contrario a la precisión de las

---

<sup>142</sup> BERNAL PULIDO, CARLOS. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia, 2014. Página 31.

<sup>143</sup> MACCORMICK, NEIL. Questioning Sovereignty. Oxford: Oxford University Press. 1999. Página 120.

<sup>144</sup> KUMM, MATTIAS. The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty. *Op. Cit.* Página 290.

<sup>145</sup> ALEINIKOFF, T. ALEXANDER. *Op. Cit.* Páginas 13 - 16.

operaciones matemáticas, el derecho es ambiguo y variable dependiendo de las circunstancias. La tendencia hacia la completa objetividad surge con el auge de las ciencias modernas, las cuales condujeron hacia la idea de dejar de lado los saberes integrales y críticos, generando conocimientos supuestamente específicos que fomentaron la dominación, la intolerancia, la negación de la justicia y la solidaridad, y la explotación de los humanos<sup>146</sup>.

#### iv. Doctrina Solange II

La fórmula Solange nace a partir de la tensión entre la Corte Constitucional Federal de Alemania y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 1986<sup>147</sup> a raíz de la interpretación disímil que dichos jueces tenían respecto de quién estaba a cargo de la última palabra en asuntos relacionados con los derechos fundamentales.

A partir del diálogo judicial que surgió con ocasión de dicha tensión se estableció la regla según la cual siempre que las Comunidades Europeas, y en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, fueran capaces de garantizar, en general, una protección eficaz de los derechos fundamentales frente a los poderes soberanos de los Estados miembros de la Unión, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ya no ejercería su competencia para decidir sobre la aplicabilidad de las legislaciones comunitarias secundarias y no revisaría dicha legislación de acuerdo con el estándar de los derechos fundamentales contenidos en las normas o reglas fundamentales nacionales. En otras palabras, la doctrina Solange establece que “siempre que” el ordenamiento europeo brinde una protección tan robusta como el ordenamiento nacional, el juez nacional se abstendrá de ejercer control sobre aquella.

Esta postura por parte del Tribunal Constitucional alemán se ha aplicado en Solange I y II, el caso Maastricht y el caso Lisbon de 2009. En estos, se ha hecho énfasis en que la supremacía del ordenamiento de la Unión Europea está condicionada a determinados requisitos. Por ejemplo, el Tribunal Alemán se encargará de revisar la legislación y los actos de las instituciones de la Unión Europea para asegurarse de que estas no se están excediendo en sus competencias y que no están violando los derechos fundamentales consagrados en la Constitución alemana<sup>148</sup>. Así, a pesar de la primacía del Derecho de la UE y el compromiso de Alemania con la Organización, la última palabra respecto a la autoridad soberana para aplicar las normas la tiene el pueblo alemán.

Esta estrategia es una clara manifestación de acoplamiento entre ordenamientos nacionales y derecho internacional, en virtud de la cuál no se opera en términos de jerarquía sino en torno a valores esenciales cuya protección efectiva determina quién tiene la última palabra. Al final, estas decisiones por parte del Tribunal Alemán no llevaron a que colapsara el ordenamiento de la Unión Europea, más bien ambos tribunales estuvieron de acuerdo en no estar de acuerdo (*agree to disagree*<sup>149</sup>).

#### ***En Suma, Sobre Los Mecanismos De Acoplamiento.***

En definitiva, los mecanismos o reglas de interfaz no son criterios novedosos para el derecho. Se trata de elementos ampliamente estudiados e implementados en diferentes contextos. Lo novedoso es su aplicación en el ámbito de las relaciones entre derecho internacional y nacional. Por medio de estos, como lo han apuntado los autores referenciados en este escrito, se busca lograr una convivencia sostenible entre ambos órdenes. Con sostenible hacemos referencia a una relación donde se reconozca la importancia del respeto hacia los diferentes procesos históricos y culturales de cada Estado, e incluso de cada comunidad dentro de los Estados, pero a su vez se protejan elementos esenciales para la comunidad internacional, entendida no como el vaivén de relaciones de poder, sino como la representación de la necesidad de resolver las problemáticas globales que enfrenta y enfrentará el planeta. Ni soberanismo ni universalismo, el punto es

<sup>146</sup> VELA ORBEGOZO, BERNARDO. Poder, Hegemonía y Periferia: Una aproximación crítica al derecho internacional clásico. Universidad Externado de Colombia, 2019. Páginas 390 - 391.

<sup>147</sup> Ver: Torres, Perez, Aida. Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes. En: Torres, Perez, Aida. Conflicts of Rights in the E.U. A theory of supranational adjudication. Oxford, 2009. Asimismo, Giuseppe, Martinico. Multiple loyalties and dual preliminaryity: The pains of being a judge in a multilevel legal order. International Journal of Constitutional Law, Vol. 10, No. 3, 2012.

<sup>148</sup> KELEMEN, DANIEL R. *Op. Cit.* Páginas 141 y 142.

<sup>149</sup> LAWRENCE, JESSICA. *Op. Cit.* Página 5.

aceptar la necesidad de enfrentar dilemas que nos afectan como humanidad, pero evitar la imposición de unas soluciones propuestas por los mismos de siempre con los argumentos de siempre<sup>150</sup>.

##### 5. CRÍTICAS ABSUELTAS

Como es propio de cualquier propuesta teórica jurídica, el pluralismo constitucional ha sido objeto de múltiples críticas. Buena parte de los cuestionamientos tienen relación con uno de dos asuntos: o bien se preocupan por el sesgo ideológico de la propuesta o, por el contrario, les inquietan los riesgos prácticos que esta trae consigo.

Sobre lo primero: hay quienes critican al pluralismo constitucional por imponer un determinado sesgo ideológico y hay otros que, por el contrario, lo tachan por abrir espacio para desdeñables fines políticos de toda índole.

En cuanto a la uniformidad ideológica que puede implicar la apuesta por el pluralismo constitucional Jessica C. Lawrence señala que:

‘Constitutional pluralism’ thus functions as a framing discourse. And the use of framing discourses is never neutral. They ask us to conceptualize the phenomena they describe in accordance with their terms, in implied harmony with the particular set of embedded political, theoretical, and social commitments they contain. Framing discourses result from, and in turn help to further entrench, specific ideologies, turning ‘is’ into ‘ought’. Their background assumptions and associations, which almost always remain unspoken, shape the use of the term and the framing it suggests, acting as the hidden structural elements of the discursive edifice, and shaping our perception of reality through their constitutive authority<sup>151</sup>.

En línea con esto se indica que el pluralismo constitucional es realmente una apuesta monista toda vez que presupone que un mismo conjunto de principios o valores puede capturar todo el panorama jurídico actual<sup>152</sup>.

En la esquina opuesta están quienes creen que la apuesta pluralista abre paso a la posibilidad de que los Estados se deshagan de sus compromisos internacionales y, además, facilita el abuso por parte de “de los autócratas y otros enemigos del estado de derecho”<sup>153</sup>. En este sentido, se señala que el pluralismo constitucional solo funciona mientras los Estados permanezcan dentro de una estrecha franja de preocupaciones y compromisos comunes<sup>154</sup>.

Respecto a lo segundo: la mayoría de las críticas señalan que el pluralismo constitucional no resuelve el problema de quién tiene la última palabra<sup>155</sup>, ni cuándo o cómo se aplican los

<sup>150</sup> “[P]ower should be as close as possible to the people. By moving power to a larger jurisdiction we are moving it further away from them with all its perceived negative consequences. As it moves from the city to the world, democracy appears to lose its quality and, in some sense, it is almost as if its great ambition (to include all) also becomes its greatest handicap. Maduro, Miguel Poiars. *The Judicial and Constitutional Challenges of Legal Globalisation*. *Op. Cit.* Página 555.

<sup>151</sup> LAWRENCE, JESSICA. C. *Op. Cit.* Página 3.

<sup>152</sup> “Notwithstanding the dual functions of constitutional pluralism, most accounts of constitutional pluralism are methodologically monist in the sense that they assume that one analytical framework of pluralism, or one set of pluralist principles or values is apt to capture, understand or legitimise the entire post-Westphalian order”. Mac Amhlaigh, Cormac. *Pluralising Constitutional Pluralism*. *Op. Cit.* Página 69.

<sup>153</sup> AVBELJ, MATEJ. 2020. *Op. Cit.* Página 1026.

<sup>154</sup> Avbelj se basa en los casos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea referentes a Hungría y Polonia, dos Estados que, según explica, se salen de los requisitos de un “Estado normal” u occidental, por lo que “whenever the so-called autocratic member states would want to avail themselves of a pluralist exception to these values they would need to carry a very heavy burden of proof, which they would unlikely be able to dispense with”. *Ibid.* Página 1030.

<sup>155</sup> “Constitutionalism pluralism can’t provide a practical, ultimate answer to the question at the heart of the *Kompetenz-Kompetenz* conundrum”, en: Kelemen, Daniel; Eeckhout, Piet; Fabbrini, Federico; Pech, Laurent; Uitz, Renata. *National Courts Cannot Override CJEU Judgments: A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order*. *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 2020. Ver, asimismo, Kelemen, Daniel R. *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone*. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 23, No. 1, 2016.

principios propuestos<sup>156</sup> y que esto pone en riesgo la estabilidad del sistema jurídico<sup>157</sup>, la propia autoridad de los tribunales<sup>158</sup> y, más aún, el principio de igualdad entre Estados<sup>159</sup>.

Desde nuestro punto de vista, las críticas parten de una comprensión errada de la propuesta pluralista o de un apego a viejas concepciones que desconocen la dinámica actual de las interacciones jurídicas y que prometen neutralidad y uniformidad donde no puede haberla.

El primer grupo de críticas da cuenta de dos asuntos opuestos: o se dice que el pluralismo busca uniformidad o se indica que este puede dar pie a la rebeldía de quienes no comparten los valores constitucionales. Ambas lecturas son equivocadas.

No hay nada tan errado que creer que el pluralismo busca la uniformidad, todo lo contrario, sus cimientos, su propio nombre, parten del reconocimiento de un sinnúmero de ordenamientos y de sus apuestas. De hecho, el pluralismo no busca armonizar, sino articular y ello es así, pues reconoce la imposibilidad política y jurídica de apostarle a la uniformidad<sup>160</sup>. Si bien el pluralismo parte de un mínimo de valores y objetivos compartidos, ellos no son impuestos, son justamente el resultado de construcciones dialógicas y de ahí la propia importancia de evitar las “últimas palabras”, apuesta máxima de este modelo.

Por otra parte, la cuestión de la rebeldía o de la manipulación del modelo no es problema exclusivo del pluralismo. La manipulación normativa ha sido siempre una posibilidad y prueba de ello son las dictaduras o cualquier régimen tirano que ha crecido y sobrevivido en los regímenes monistas. En este sentido, no es un problema del modelo sino de la falsa pretensión aséptica y neutral del derecho.

De la mano con esto, aparece el segundo grupo de críticas que parten de la idílica pretensión de que los Estados son, en efecto, iguales entre sí, y que la última palabra de un juez definido evitará un sinnúmero de riesgos. Desde nuestro punto de vista su lectura no es realista.

La lógica Westphaliana que aboga por la igualdad entre Estados ignora la realidad política, social, cultural y económica del planeta. Seguir pensando en clave de igualdad y homogeneidad profundiza un modelo hegemónico que impide la construcción de ordenamientos, y la interacción entre ellos, acorde a las realidades de los Estados y, sobre todo, de sus pueblos. En este sentido, el pluralismo puede ayudar a corregir muchas de las distorsiones producto de una falsa pretensión de universalidad.

En este contexto, la ausencia de últimas palabras es una oportunidad, es un llamado al diálogo, al reconocimiento del otro y a la reivindicación de los ordenamientos nacionales como elemento esencial del actual escenario jurídico<sup>161</sup>. Esto no genera problemas de estabilidad -si es que alguna vez hubo tal-, sino que obliga a la fluidez y a la adaptación. Esto no mina la autoridad de los tribunales, por el contrario, los empodera al volverlos pieza clave del proceso de articulación.

---

<sup>156</sup> “Scholars propose a set of open norms to guide the judges at the different levels in this process, but generally refrain from specifying in which cases final authority should rest with either the national courts or the CJEU”, en de Boer, Nik. *Op. Cit.* Página 4.

<sup>157</sup> Las críticas sobre este punto han sido pensadas en el contexto de la Unión Europea.

<sup>158</sup> “El reconocimiento de múltiples centros decisorios acaba produciendo instancias concurrentes y, en muchos casos, hace nacer, al menos, un compromiso de diálogo con estas instancias. Esto implica, en cierto sentido, una reducción del margen de autonomía de los tribunales y, por consiguiente, menos autoridad”, en Caballero Lois, Cecilia y Pinto Bastos, Junior. *Op. Cit.* Página 146.

<sup>159</sup> “Divergences between courts of the Member States as to the validity of such acts would indeed be liable to place in jeopardy the unity of the EU legal order and to detract from legal certainty. Like other authorities of the Member States, national courts are required to ensure that EU law takes full effect. That is the only way of ensuring the equality of Member States in the Union they created”, en: Court of Justice of the European Union. Press release following the judgment of the German Constitutional Court of 5 May 2020. Luxemburgo, 2020.

<sup>160</sup> El mismo Berman ha advertido que: “(...) it is difficult to believe that, as a practical matter, harmonization processes will ever fully bridge the significant differences that exist among states, let alone the variety of nonstate orders at play in the world. This is because, as discussed previously, many differences both in substantive values and in attitudes about law arise from fundamentally different histories, philosophies, and world-views. People are therefore likely to be either unable or unwilling to trade in their perspectives for the sake of universal harmony”. Berman, Paul Schiff. *Op. Cit.* Página 136.

<sup>161</sup> “Neither is this theory to be abandoned simply because it can be misused for the wrong purposes by autocratic regimes, nor should it be rejected because it “can’t provide a practical, ultimate answer to the question at the heart of the Kompetenz-Kompetenz conundrum.” We should be careful with “ultimate” answers, claims to the “last say,” and conceptual re-entries of undivided sovereignty, also from the perspective of EU law. Above all, we should be generally sceptical as to the idea of “ultimate” solutions from an academic, epistemological point of view”. Wendel, Mattias. Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception. *German Law Journal*, vol. 21, pp. 979 - 994, 2020. Página. 982.

### Conclusiones preliminares

Como se mencionó en la introducción, en este documento se pretende exponer el marco teórico que guía una investigación de mayor alcance y con la que pretendemos dar cuenta de la práctica judicial en torno a la solución de conflictos en escenarios de creciente interacción normativa. Así las cosas, por el momento, nos interesa resaltar algunos puntos claves expuestos en torno a este marco de referencia.

En primer lugar, es importante insistir en la existencia de un nuevo escenario de interacción normativa que hace imposible seguir concibiendo la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional en clave jerárquica y bajo la lógica de reglas últimas de solución de controversias.

En este nuevo escenario, la única alternativa posible para entender la relación entre los ordenamientos es el pluralismo que parte del reconocimiento mutuo, la deferencia y el diálogo, así como de la construcción de herramientas hermenéuticas que operen como mecanismos de acoplamiento entre las normas que hacen parte de la amalgama jurídica fluida.

A pesar de las diferencias entre las concepciones del pluralismo, todas parten de la importancia del reconocimiento de la diversidad, dejando atrás las lógicas de jerarquía e imposiciones normativas propias de las visiones monistas o dualistas. Asimismo, coinciden en que un procedimiento pluralista para decidir qué norma aplicar en un caso concreto, garantiza mayor legitimidad e, incluso, mayor cumplimiento por parte de las diferentes comunidades.

Ahora bien, las propuestas optan por caminos distintos para lograr esos objetivos comunes. Berman se inclina hacia la creación de mecanismos procesales como el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación, de instituciones y prácticas como los acuerdos de puerto seguro o las reglas de mutuo reconocimiento. Krisch acude a sus normas de interfaz, que son el *sympathetic consideration*, la doctrina Solange y el minimalismo, donde se evita el activismo y se procura ser lo más respetuoso posible de las funciones y credenciales del otro. Finalmente, los pluralistas constitucionales en principios constitucionales como la legalidad, la jurisdicción o el debido proceso, para lograr esa relación heterárquica.

En este documento se recogieron algunas de las propuestas de cada una de las tres posturas expuestas. A dichas alternativas, en atención a la lógica de Bogdandy, se les conoce como los mecanismos de acoplamiento, pues, a la final, se trata de herramientas hermenéuticas que permiten la convivencia de dos ordenamientos. Así, nos concentramos en la subsidiariedad, el margen de apreciación, la ponderación y la doctrina Solange fueron los mecanismos de acoplamiento en los que nos enfocamos en este escrito.

En realidad, tales mecanismos de acoplamiento son viejos conocidos usados bajo una nueva lógica que implica la articulación del derecho nacional y el ordenamiento internacional bajo la premisa de que no siempre habrá una última palabra y que esto no es un problema. Por parte del margen de apreciación, se trata de un dispositivo de interpretación que concede a los operadores jurídicos nacionales un espacio para decidir sobre asuntos también regulados por el ordenamiento internacional, evitando imposiciones normativas y logrando una coexistencia estable entre los ordenamientos.

La ponderación es una herramienta que permite comparar varios puntos de vista y, por medio de un proceso de argumentación, decidir si algún interés prevalece sobre otro o si se deberían repartir las cargas entre dos puntos de vista. La subsidiariedad implica que aun cuando existan normas y procedimientos internacionales, primero le corresponde a los Estados resolver el asunto entre manos. Únicamente cuando esa protección nacional sea inadecuada o inefectiva, los mecanismos de derecho internacional entrarán a ejercer su competencia. Por último, la doctrina Solange procura que la protección internacional sea tan eficaz como la nacional.

Las ventajas de este nuevo escenario son considerables, pues la lógica de relaciones jerárquicas ha conducido a la extinción de la diversidad y a la imposibilidad de solución de los conflictos normativos entre ordenamientos. El dualismo, al partir de la separación entre ordenamiento nacional e internacional, desconoce las interacciones constantes entre ambos. El monismo, al buscar la unicidad y la determinación de una jerarquía, termina imponiéndose sobre las diferencias, negando la diversidad entre las comunidades y sus normas. Por el contrario, el pluralismo permite la diversidad y procura la adaptación en un escenario cada vez más fluido en

el que el diálogo y los contrapesos son esenciales para evitar las marcadas lógicas hegemónicas propias de la tradicional concepción de la interacción normativa.

Ante la propuesta pluralista el reto está en afianzar la comprensión y uso de los mecanismos de acoplamiento. Confiamos en que la segunda parte de esta investigación será útil a dicha causa. Por el momento, confiamos en que estas primeras páginas inspirarán una nueva comprensión de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

