

EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA GLOBALIZACIÓN DE LAS RELACIONES ECONÓMICAS FINANCIERAS

Albrecht Weber

Universidad de Osnabrück, Alemania

I. FENÓMENOS DE LA GLOBALIZACIÓN

“Globalización” no es un término jurídico y no se utiliza ni en los tratados internacionales ni en las normas supranacionales¹. En el ámbito de las constituciones nacionales –por lo que se ve– tampoco hay referencias directas, pero además de los compromisos con la paz y los derechos humanos también hay referencias en los preámbulos a la cooperación internacional² y al bienestar de los pueblos³. La globalización es un fenómeno de hecho que afecta a muchos ámbitos de la vida y, además de los ámbitos aquí mencionados, también incluye el transporte, la comunicación, el medio ambiente, la seguridad, la cultura y la sociedad⁴. En comparación con las anteriores relaciones económicas y financieras transfronterizas, que podemos rastrear desde el año 3000 a.C. en el norte de África y el este de Asia, pasando por la Alta Edad Media hasta los tiempos modernos⁵, la globalización también puede entenderse como el crecimiento dinámico de las interdependencias internacionales a escala mundial y el progresivo declive de la capacidad de control del Estado⁶.

Así pues, la globalización es sobre todo objeto de las ciencias sociales, económicas y políticas, en particular de las relaciones internacionales, pero el derecho, incluido el derecho público y el derecho constitucional, también se ve afectado por ella, lo que va de la mano de la progresiva “enterritorialización” del derecho⁷. La desterritorialización del derecho no es idéntica a los tratados de derecho internacional, que por su propia naturaleza tienen como objetivo la regulación

1 RUFFERT, M., *Globalisation as a Challenge to Public Law*, Boorberg-Verlag, Stuttgart, 2004, p. 11.

2 P.e. Moldavia; Eslovaquia; España; Suiza; Japón; Pakistán; Nigeria; Ghana.

3 P.e. Turquía; Taiwán; Camerún; Kenia; Corea del Sur.

4 Sobre la globalización, véase también BECK, U., *Was ist Globalisierung?*, Suhrkamp/Insel, Berlín 2015; WATERS, M., *Globalization*, Routledge, 2 ed., 2000.

5 KAHL, W., «Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht», en: *Grenzüberschreitungen*, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSTRL), Vol. 76, 2017, 344; BORCHARDT, K., *Globalisierung in historischer Perspektive*, 2001.

6 KAHL, W., «Rechts und Sachkontrolle in grenzüberschreitenden Sachverhalten», en: ISENSEE, J., KIRCHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts Band XI (Internationale Bezüge)*, 2013, § 253, p. 1092; AUBY, B., *La globalisation, le droit et l'Etat*, Bibliothèque LGDJ, Paris 3 ed., 2020.

7 Así, las ponencias presentadas en la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Constitucional (VVDSTRL) 76, (nota 5), KAHL y KORNILS.

transfronteriza de las relaciones económicas y financieras internacionales y constituyen un pilar central de la globalización, sino que se basa en una extensión extraterritorial del derecho decidido en un Estado a otro Estado⁸.

II. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA TRANSANCIONAL

Las causas del fenómeno de la globalización son, en primer lugar, las organizaciones económicas y financieras internacionales, que se basan en el comercio mundial liberal y las transacciones financieras libres (GATT/OMC; OCDE; FMI; Banco Mundial; BPI). Los Estados soberanos, como miembros, siguen siendo los sujetos fundadores y contables; las instituciones internacionales forman parte –entre otros factores– de la “gobernanza global”⁹, aunque el término tenga cierta vaguedad¹⁰. Entre los factores institucionales destacan las organizaciones económicas regionales (UE; Mercosur; CEDEAO), entre las que la UE (antigua CEE/CE) desempeña un papel destacado como organización supranacional. Con su estructura constitucional multinivel, la supremacía y el efecto penetrante del Derecho de la Unión, y el pronunciado control judicial de los actos soberanos de la Unión, asume una función modélica. Otros elementos de la globalización institucionalizada son las llamadas “uniones administrativas transnacionales”, que se basan en la cooperación administrativa transnacional subestatal¹¹. Un ejemplo de ello es el Acuerdo General sobre Comercio y Servicios (GATS) acordado en el marco del GATT/OMC, que pretende una amplia liberalización de los servicios financieros, pero deja la supervisión del mercado financiero a los miembros¹². En el ámbito de las relaciones financieras y la supervisión bancaria, cabe mencionar aquí el “Comité de Supervisión Bancaria de Basilea del Banco de Pagos Internacionales”, fundado en 1974 en el marco del Banco de Pagos Internacionales, que actúa como una red informal de autoridades sin tratado internacional ni acuerdo administrativo¹³. Las

8 KAHL, *op. cit.*, nota 5, p. 351.

9 ROSENAU, J., CZEMPIE, E.-O., *Governance without government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press (1992).

10 Véase también el informe final de la Comisión Enquete del Bundestag alemán: «Globalisierung der Weltwirtschaft- Herausforderungen und Antworten», BT Drs.14/9200, 417.

11 RUFFERT, M., *op. cit.*, nota 1, p. 33.

12 Artículo VI del AGCS.

13 CALLIES, C., «Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtssetzung» («Las crisis financieras como reto para la elaboración de leyes internacionales,

normas emitidas para regular las actividades de los bancos no son jurídicamente vinculantes, pero como normas de conducta reconocidas internacionalmente tienen un efecto vinculante de facto, como las normas de adecuación del capital para los bancos adoptadas en el marco de Basilea I (1988) y Basilea II (2004)¹⁴. Estas normas de conducta, creadas por medio del derecho indicativo, se han condensado en la UE en normas jurídicamente vinculantes en la Directiva bancaria y se han transpuesto a la legislación nacional en consecuencia¹⁵. Esto ilustra que la legislación en el ámbito de la supervisión financiera internacional puede surgir de manera informal y sólo recibe una legitimación democrática parcial en el curso de su aplicación en la legislación de la UE y, posteriormente, en la legislación nacional. Otro ejemplo de legislación informal son las recomendaciones para la salvaguardia de los valores adoptadas por la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSOC), una asociación de derecho privado de autoridades supervisoras¹⁶. Esta cooperación administrativa transnacional actúa por debajo del nivel estatal y, por tanto, plantea problemas de legitimidad democrática mientras se mantenga fuera de la esfera parlamentaria y no dé lugar a procedimientos legislativos estatales¹⁷.

III. FORMAS DE AUTORREGULACIÓN

Además de las formas subestatales de cooperación y elaboración de normas, también son reconocibles como componente de la “gobernanza” las formas de autorregulación de las organizaciones privadas, que se acuerdan para la resolución eficaz de los problemas y pueden aliviar al Estado de la elaboración de normas orientadas al bien común¹⁸. La “Organización Internacional de Normalización” (ISO), como asociación de derecho privado de las más importantes organizaciones nacionales de normalización, adopta normas que sólo adquieren fuerza vinculante y legitimidad democrática mediante su aplicación en el derecho

européas y nacionales”), en: VVdSTRL 71, *Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung*, 2012, p. 124f.

14 *Ibid.* p. 125, con más referencias.

15 Directiva 2006/48/CE relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, ABL2006, 2006, n° L177, modificada en varias ocasiones.

16 CALLIES, C, *op. cit.*, nota 13, p. 34.

17 RUFFERT, M., *op. cit.*, nota 1, p. 35.

18 También se denominan a veces «formas híbridas de administración». RUFFERT, M., *op. cit.*, nota 1, p. 35 con más pruebas.

nacional¹⁹. La legitimidad y la responsabilidad sólo se producen de forma retardada cuando las normas se aplican en el derecho supranacional o estatal, lo que, por supuesto, también ocurre con la ratificación de los tratados internacionales. Otro ejemplo son las agencias de calificación que operan en el sector privado para evaluar la solvencia de los productos financieros²⁰, que desempeñaron un papel decisivo en la crisis financiera de 2008. Las agencias de calificación sirven para asegurar a los inversores institucionales en interés de los asegurados y, al mismo tiempo, como base para la evaluación de las normas de capital social. Las agencias de calificación gozan de libertad de profesión y comercio en virtud del derecho constitucional, pero el Estado está obligado a regularlas en caso de fallo del mercado como parte de su responsabilidad de proporcionar garantías. Debido a la movilidad del capital, esta normativa plantea problemas particulares de limitación territorial debido a la posibilidad de eludir las prohibiciones locales²¹. La UE ha adoptado una normativa de calificación²², que en principio concede a los participantes en el mercado autonomía privada de elección; la legislación europea sólo interviene si el participante en el mercado elige una calificación europea o importada en la UE; la directiva contribuye sin duda a aumentar la transparencia y la independencia de las agencias de calificación y a evitar los conflictos de intereses, y pretende contribuir a debilitar las estructuras oligopolísticas en el mercado²³.

IV. FORMAS DE EXTRATERRITORIALIZACIÓN DEL DERECHO

También surgen formas especiales de globalización en el derecho administrativo a través de la ampliación unilateral del ámbito de aplicación de las normas de derecho público, el reconocimiento mutuo de normas o decisiones administrativas y la armonización²⁴. La extensión extraterritorial de las normas de derecho económico es generalizada y legítima si existe un “vínculo genuino”, en particular

19 RUFFERT, M., *op. cit.*, nota 1, p. 36.

20 CALLIES, C., *op. cit.*, nota 13, p. 126; REIMER, F., «Internationales Finanzrecht», en: ISENSEE, J., KIRCHHOF, P. *op. cit.*, nota 6, §250, p. 992.

21 REIMER, F., *op. cit.*, nota 20, p. 993.

22 VO(EG)NR1060/2009 v 16.9. 2009; ABI Nr L320.

23 REIMER, F., *op. cit.*, nota 20, pp. 993-994.

24 KAHL, W., *op. cit.*, nota 5, p. 353, en la que se basan las siguientes explicaciones.

a través de un impacto en las circunstancias nacionales (principio de impacto)²⁵. Probablemente el caso más importante de aplicación es la aplicación de la legislación nacional de la competencia a situaciones extranjeras²⁶. Funciones similares cumplen los embargos económicos unilaterales²⁷, que están experimentando un renacimiento mundial en el contexto de la guerra de Ucrania y se justifican en virtud del art. XXI lit.b,c de la OMC. La ampliación del derecho interno crea tensiones contradictorias entre la democracia y el Estado de Derecho, especialmente cuando se exigen determinados documentos o el acceso a documentos confidenciales²⁸.

Otro caso es el reconocimiento mutuo de los actos soberanos extranjeros, como sugiere la prohibición de las restricciones de las libertades fundamentales en la UE como libertades de mercado²⁹.

Las normas de producción y concesión de licencias deben ser reconocidas a menos que las exigencias imperativas del bien común dicten lo contrario. El principio de reciprocidad del reconocimiento tampoco es ajeno al derecho de la OMC, por ejemplo, cuando se requieren excepciones para proteger la vida y la salud humanas, los animales y las plantas (art. XXI lit. b GATT). Las consecuencias del reconocimiento de las normas internacionales pueden llevar a una pérdida de control por parte de los Estados si ya no tienen acceso directo a las cláusulas de orden público del derecho nacional o de la Unión³⁰. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre la aplicación del derecho Gatt (International Fruit Company)³¹ puede interpretarse aquí como una defensa para garantizar los intereses comunitarios esenciales³².

25 PICJ, Lotus; PIJC(1927), Ser A, No10, 18ff.

26 ZIMMER, F., *Konkretisierung des Auswirkungsprinzips bei Hard-core-Kartellrechtsverstößen*, Verlag Dr.Kovac, Hamburg, 2013; vease también la decisión de Alcoa del Tribunal de Apelación de EE.UU. 2º Circuito 1945 (US v Aluminium Co. of America).

27 Por ejemplo, la Ley de Embargo a Irán, Irán y Libia, 50 USC, §1701(1996); la Ley Helms-Burton, 22 USC 691, §6021-99.

28 KAHL, W., *op. cit.*, nota 5, p. 374.

29 KAHL, W., *op. cit.*, nota 5, p. 363.

30 KAHL, W., *op. cit.*, nota 5, p. 378.

31 ECJ,12/12/1972-C21-24/72.

32 KAHL, W., *op. cit.*, nota 5, p. 378.

Por último, los acuerdos internacionales en el marco de la legislación de la OMC también generan una armonización de las diferencias normativas transfronterizas, por ejemplo, en el ámbito del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), el Acuerdo sobre Protección Sanitaria y Fitosanitaria (MSF), el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC) y los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).

V. EL PROBLEMA DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Otro ámbito problemático son los acuerdos de libre comercio negociados entre la UE y Estados Unidos (Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión: TTIP) y Canadá (Acuerdo Económico Comercial Global: CETA), que pretenden llevar a una liberalización global de numerosos ámbitos normativos y se caracterizan por el reconocimiento mutuo de las normas de protección. El acuerdo de libre comercio TTIP (2013-2016) negociado entre la UE y los EE.UU. se refería, además de a nuevas reducciones arancelarias, principalmente a las barreras comerciales no arancelarias, como en el ámbito de las normas de productos, la contratación pública, las normas sanitarias, las normas de consumo y medioambientales, la desregulación del sector financiero y un mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados (State-Investor Dispute Settlement: SDIS). Las críticas expresadas por las ONG y los sindicatos, sobre todo en Europa, especialmente en Alemania, se referían sobre todo al proceso de negociación, en gran parte secreto (hasta que la Comisión de la UE publicó los documentos de negociación más importantes), a las normas de protección laboral, a las normas de protección de la salud pública y del medio ambiente; a la regulación bancaria y al debilitamiento de las normas democráticas y constitucionales en el procedimiento previsto de solución de diferencias entre inversores y Estados ante un tribunal de arbitraje³³. Las críticas no pueden ser examinadas en detalle aquí, pero son una expresión del malestar fundamental ante los acuerdos de libre comercio si se teme una disminución de las normas nacionales de protección y podrían conducir a un deterioro de la legitimidad democrática responsable a nivel nacional. Resulta especialmente interesante el procedimiento de solución de controversias inversor-Estado, exclusivamente abandonado, que permite al inversor privado interponer una acción contra el Estado en el que se realiza la inversión, sin posibilidad de recurrir a una autoridad estatal superior. Es obvio que existen considerables preocupaciones sobre la garantía de la protección jurídica efectiva ante los tribunales estatales (por ejemplo, el artículo 19 párrafo 4 Ley Básica/GG; el

33 Más información: *Transatlantic Trade and Investment Partnership; in Wikimedia*, consultado el 1/6/2022.

artículo 24 CE), el tratamiento desigual de los inversores nacionales y extranjeros, la independencia de los tribunales y la legitimidad democrática³⁴ (no cabe esperar una “constitucionalización” de los tribunales de arbitraje en el sentido de una alineación con las normas nacionales de protección jurídica), incluida la protección de los derechos humanos, de los tribunales de arbitraje privados³⁵. A la vista de las feroces críticas, no es de extrañar que el mecanismo de solución de controversias previsto se abandonara y se sustituyera por un tribunal de justicia (“Sistema de Tribunales de Inversiones”). Sin embargo, el desarrollo posterior de los procedimientos de solución de controversias se reserva a los mecanismos de solución de controversias de los acuerdos bilaterales y al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), después de que la Comisión de la UE declarara obsoleto el TTIP el 15 de abril de 2019³⁶.

El acuerdo de libre comercio CETA negociado entre la UE y Canadá fue declarado provisionalmente aplicable por el Consejo Europeo el 28 de octubre de 2016 y entró en vigor para 12 Estados miembros el 10 de septiembre de 2017. Esta aplicación provisional fue criticada por los demandantes ante el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) porque podría exceder las competencias de la UE (por ejemplo, inversiones de cartera; protección de las inversiones; transporte marítimo; sistema de tribunales y comités) y afectar a la identidad constitucional de la RFA. El 13.10.2016, el BVerfG rechazó una solicitud de medida cautelar³⁷, porque las excepciones a la aplicación provisional eran posibles en las zonas en disputa, y confirmó esta opinión en su decisión de 9.2.2022³⁸. Debido a la limitada aplicabilidad del Tratado en los ámbitos de competencia controvertidos, el tribunal no vio ninguna extralimitación de competencias (“*ultra vires*”), que pudiera violar la autorización de integración del art. 23 GG o la exigencia de democracia consagrada en el art. 20 para 1 GG y la identidad constitucional. La cuestión del controvertido reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros, que

34 Siga el Verfassungsblog: «Debate Investitionsschutz im TTIP in der Kritik», *Verfblog*, 13/5/2014. FLESSNER, I., «TTIP und das Verfassungsrecht», *Verfblog*, 15/5/2014. von BERNSTORFF, J., «Streitigkeiten über gemeinwohlorientierte Regeln von Investoren gehören vor die nationalen Gerichte». *Verfblog*, 15/5/2014. FEICHTER, I., «Investitionsschutz in der Kritik», *Verfblog* 8/5/2014; todos en <https://verfassungsblog.de/investitionsschutz-ttip>.

35 En este sentido, sin embargo, SCHILL, S., *op. cit.*

36 Comisión Europea, Negociaciones y Acuerdos sobre la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión.

37 BVerfG de 13-10.2016-2BVR 1368/10.

38 S. Comunicado de prensa del 22.3.2022.

el Tribunal de Justicia de la UE tuvo que aclarar en el caso del acuerdo de libre comercio de la UE con Singapur, no tuvo un papel directo³⁹. El caso muestra la especial “responsabilidad de integración” que el Tribunal Constitucional Alemán ha impuesto cada vez más al Gobierno Federal y al Parlamento en el control de la transferencia de derechos soberanos desde la decisión sobre el Tratado de Lisboa⁴⁰.

VI. CRISIS FINANCIERA Y SUPERVISIÓN BANCARIA EN LA UNIÓN MONETARIA EUROPEA

A continuación, se aborda brevemente el tema de la “globalización de las relaciones económicas y financieras” en el ámbito de la *integración regional*. La crisis financiera de 2008 y la crisis de la deuda de la eurozona en 2010 condujeron a la adopción de medidas especiales de emergencia y a la construcción de un sistema para estabilizar el euro y toda la Unión Monetaria Europea. Inicialmente se concedió una ayuda bilateral para el elevado nivel de deuda de Grecia, mientras que posteriormente se concedió una ayuda de emergencia en forma de préstamos a través de una Facilidad Europea de Estabilidad Financiera (FEEF), una corporación de derecho luxemburgués, complementada con fondos de un Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (MEEF)⁴¹. Mientras que las medidas de emergencia fueron controvertidas debido a la cláusula de “rescate” del artículo 125 del TUE, según la cual ni la Unión ni los Estados miembros pueden ser responsables de las deudas de otros Estados miembros, pero podrían basarse en el “artículo de emergencia” del artículo 122 (2) del TUE en caso de dificultades graves, el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) establecido en 2012 se basó como “paraguas de rescate permanente” en la nueva base jurídica del artículo 136 (3) del TUE⁴². Permite la asistencia financiera en determinadas condiciones tras un programa de ajuste económico, incluida la recapitalización de las instituciones financieras de un Estado miembro. Las construcciones del SESF y del FSEM se basaron en la cooperación intergubernamental al margen del “método comunitario”, que sólo

39 TJCE v 16/5/2017, Dictamen de la EUFSTA; BVerfG (nota 38); en IV.

40 BVerfG 123,267(2009); en lugar de muchos MASING, J., «Verfassung im internationalen Mehrebenensystem», en: HERDEGEN, M., MASING, J., POSCHER, R., GÄRDITZ, K. F., *Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in Transnationaler Perspektive*; Beck-Verlag, München, 2021, pp. 97 (n 82 ss) con más referencias.

41 Para más detalles, véase HÄDE, U., *Die Europäische Währungsunion in der internationalen Finanzkrise-An den Grenzen europäischer Solidarität*; Europarecht, 2010, pp. 854. CALLIES, C., *op. cit.*, nota 13, pp. 152.

42 Consejo Europeo, Conclusiones de 16/17.12 .2010 y de 24/25.3. 2011.

se devolvió a una base comunitaria con el MEDE, por lo que el Parlamento Europeo no pudo hacer una contribución democrática a la legitimidad⁴³. La responsabilidad democrática del parlamento, en este caso del legislador presupuestario alemán, en la aplicación no sólo del SESF⁴⁴, según el cual la comisión presupuestaria debía participar antes de cualquier compromiso financiero, sino también del MEDE en el tema de la Ley de Estabilidad Monetaria alemana⁴⁵, adquirió mayor importancia. Como continuación de su jurisprudencia fundamental (Maastricht; Lisboa), el BVerfG declaró enfáticamente que la decisión sobre los ingresos y los gastos del sector público era una parte fundamental de la capacidad democrática de configurar sus propios asuntos y que el derecho presupuestario era un elemento central de la formación democrática de la voluntad; el *Bundestag* no puede eludir su responsabilidad presupuestaria transfiriéndola a otros actores y no puede entregarse por ley a mecanismos financieramente eficaces que puedan conducir a cargas presupuestarias no previsibles sin un consentimiento constitutivo previo; no pueden establecerse mecanismos convencionales internacionales permanentes que supongan una asunción de responsabilidad por la voluntad de Estados extranjeros, especialmente en el caso de consecuencias difícilmente previsibles. Sin embargo, al mismo tiempo, el tribunal afirmó que la autonomía presupuestaria nacional como competencia indispensable no entra en conflicto con los tratados europeos, sino que éstos presuponen esta competencia, por lo que el legislador parlamentario tiene competencia para evaluar⁴⁶. Así, el más alto tribunal alemán destacó claramente el papel central del legislador presupuestario en el marco de la idea de la doble legitimidad democrática, defendida desde la sentencia de Maastricht, para la estabilización del euro y de la Unión Monetaria Europea⁴⁷. El BVerfG también ha tomado decisiones importantes en otros procedimientos sobre los programas de bonos del Banco Central Europeo (OMT: *Outright Monetary Transactions* como *Public Sector Purchase Programme*: programa PSPP)⁴⁸, que suponen

43 CALLIES, C., *op. cit.*, nota 13, p. 160.

44 BVerfG de 7.9.2011- 2BvR 987/10.

45 BVerfG de 18.3.2014- 2BvR 1390/12.

46 BVerfG; (nota 45) *obiter dicta*, 2-4.

47 Para una crítica de esta sentencia, «Demokratie», en: HERDEGEN, M., MASING, J., POSCHER, R., GÄRDITZ, K. F., *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, München, Beck-Verlag 2021, §5, pp. 317 §5, n. 48. ENDERLEIN, H., «Solidarität in der Europäischen Union-Die ökonomische Perspektive», en CALLIES, C. (Hrg.), *Europäische Solidarität und nationale Identität*, 2012.

48 BVerfG de 21.6.2016 (OMT); BVerfG de 5.5.2020 (PSPP).

un estricto control de *ultra vires* e identidad de actos del Banco Central Europeo; en este último caso, a raíz de una decisión de remisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴⁹, llegó a valorar la decisión de ese Tribunal sobre la conformidad del programa de bonos con la legislación europea como una decisión *ultra vires* debido a un razonamiento inadecuado, lo que dio lugar a una considerable controversia en la política y la literatura. Otros tribunales constitucionales no han emitido decisiones comparables, por lo que se puede ver. No es posible entrar aquí en las controversias en el marco de este artículo; más bien hay que señalar la importancia fundamental del control del tribunal constitucional en el caso de posibles déficits de democracia y de Estado de Derecho en la elaboración de normas supranacionales o intergubernamentales, que posiblemente podría asumir una función de modelo, aunque no necesariamente en el resultado.

La supervisión bancaria también desempeña un papel importante en la gestión de la crisis financiera y de la deuda en la Unión Europea. En 2011, la UE decidió crear tres agencias de supervisión (Autoridades Consultivas Europeas), la Autoridad Europea de Valores y Mercados, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación y la Autoridad Bancaria Europea⁵⁰. El Mecanismo Único de Supervisión (MUS) fue adoptado por el Reglamento (CE) del Consejo el 15 de marzo de 2013 y se estableció bajo el paraguas del Banco Central Europeo⁵¹. El Reglamento confía a la autoridad de supervisión todo el espectro del derecho sustantivo de la supervisión bancaria para las entidades de crédito de cierto tamaño. En este caso también se recurrió al BVerfG mediante un recurso de amparo por una supuesta falta de base legal y de déficit de protección jurídica⁵². El tribunal declaró que el principio de democracia consagrado en la Ley Fundamental permite modificaciones limitadas de la transmisión democrática de la legitimidad, que pueden compensarse, en particular, mediante un control judicial efectivo o derechos de control específicos del parlamento; sin embargo, la creación de

49 Asunto C-493/17 de 11/12/2018 (H.Weiss y otros); véanse también los asuntos Pringle C370/12; Gauweiler C-62/14.

50 Reglamento (CE) n° 1093/2010 y n° 1094/2010 del PE y del Consejo, de 24.11.2010, por los que se crea una Autoridad Europea de Supervisión; para más detalles, véase SCHMIDT, R., «Geldwirtschaft im Weltfinanzsystem», en: ISENSEE, J., KIRCHHOF, P., *op. cit.*, nota 6, §252; p. 1082.

51 Reglamento (UE) n° 1024/2013 por el que se atribuyen al Banco Central Europeo funciones específicas en relación con la supervisión prudencial de las entidades de crédito; en vigor desde el 3.11.2013.

52 BVerfG de 30.7.2019-2 Bvr 1685/14.

organismos independientes no debe socavar el principio de soberanía popular⁵³. Este principio también se aplica a la europeización de las organizaciones administrativas nacionales, que requieren una justificación especial y pueden compensarse con el control judicial, los derechos de control específicos del Parlamento Europeo y el *Bundestag* alemán y las obligaciones de rendición de cuentas. La creación de agencias independientes es admisible, pero no debe conducir a una desvinculación total del control democrático. Basándose en su jurisprudencia anterior sobre la responsabilidad de la integración en los actos *ultra vires*, el tribunal no vio un “exceso de competencia cualificado suficiente” de la Unión Europea en el establecimiento de la autoridad de supervisión bancaria, por lo que él mismo realizó una interpretación detallada de las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión (Art. 127 párrafo 6; 129; 114 TFUE) y rechazó una remisión al Tribunal de Justicia de la UE en el sentido de la teoría del “*acte clair*”⁵⁴.

VII. ¿CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL?

Los fenómenos descritos de la globalización de las relaciones económicas y financieras internacionales revelan considerables déficits democráticos y constitucionales, que posiblemente podrían compensarse o al menos mitigarse mediante procesos de constitucionalización progresiva en el derecho internacional y europeo. En este caso, la cuestión del debilitamiento de los principios constitucionales a nivel del Estado-nación se situaría en un plano más favorable. La constitucionalización del derecho internacional supone una consolidación del interés comunitario frente a los intereses nacionales, que va más allá de la mera coordinación y reconoce los intereses o bienes comunitarios⁵⁵. Hay rasgos importantes que apuntan a una creciente constitucionalización del derecho internacional⁵⁶: estos pueden incluir la consideración de las estructuras democráticas y constitucionales en el reconocimiento de nuevos Estados; una mayor protección de los derechos

53 BVerfG; *op. cit.*, nota 51, n. 130 y ss.

54 BVerfG; *op. cit.*, nota 51; n. 135 y ss; n. 317-319.

55 RUFFERT, M., *op. cit.*, nota 1, p. 39 con otras referencias; TSCHENTSCHER, A., «Verfassung im Völkerrecht», en: VVDSTRL Bd 75, *op. cit.*, nota 5; *Verfassung als Ordnungskonzept*, 2016, lo entiende como “el proceso de aumento de la constitucionalidad de la comunidad internacional”, p. 408.

56 FROWEIN, J., «Konstitutionalisierung des Völkerrechts», en: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht», en: DICKE, HUMMER, GIRSBERGER, BOELE-WOELKI, ENGEL, C., FROWEIN, J., *Völkerrecht und Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System - Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*. Vol. 39, 1999, p. 427.

humanos a nivel internacional y regional; la consolidación jurídica de los sistemas de integración regional como la Unión Europea; el fortalecimiento de la base jurídica de la Unión Europea⁵⁷; pero también se pueden citar las tendencias de constitucionalización de las relaciones económicas mundiales en el marco del GATT/OMC y de las organizaciones financieras internacionales⁵⁸: las organizaciones comerciales y económicas internacionales crean un margen para las relaciones económicas transfronterizas del sector privado y, por tanto, también refuerzan las libertades individuales de acceso al mercado a nivel internacional mediante la prohibición de restricciones, el reconocimiento mutuo de normas y la armonización. Los elementos de la legislación del GATT/OMC incluyen los principios de una política comercial transparente y basada en normas, un acceso al mercado no discriminatorio, el uso de instrumentos políticos uniformes y proporcionados, el debido proceso y la protección de los derechos individuales, la soberanía económica nacional, la reciprocidad y el tratamiento preferencial de los países en desarrollo⁵⁹. En el contexto del Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial, por ejemplo, se pueden mencionar los principios de separación de los instrumentos políticos, la política transparente y basada en normas, el uso de instrumentos políticos no discriminatorios y proporcionados, la protección de los derechos de propiedad y el principio de soberanía económica nacional⁶⁰. Sin embargo, no hay que sobrestimar la función constitucionalizadora de las normas comerciales y financieras internacionales: no todas las normas sirven a los objetivos de promoción de la libertad (por ejemplo, en el caso de los acuerdos bilaterales o sectoriales)⁶¹, pero sobre todo la liberalización de los mercados económicos y financieros a través de los acuerdos internacionales sólo se basa en la legitimidad democrática transmitida a través de los parlamentos nacionales, que sólo reflejan la voluntad del soberano a través de una cadena de legitimidad ampliada. Las referencias anteriores al problema de la aprobación de los acuerdos de inversión, que han sido criticados por la falta de transparencia, la desigualdad de trato y la falta de protección jurídica, lo han dejado claro. Las diferencias y similitudes de una comprensión cambiante de la constitucionalización en el derecho internacional no necesitan ser discutidas en detalle aquí (constitucionalización;

57 *Ibid.*, p. 435.

58 PETERSMANN, E-U., *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*; PUPIL 3, University Press, Fribourg, 1991.

59 *Ibid.*, p. 221.

60 *Ibid.*, pp. 245, 259.

61 *Ibid.*, p. 276.

escritura constitucional; primacía de la constitución; protección de los derechos humanos; jurisdicción constitucional)⁶². También hay que tener en cuenta que los mecanismos de control judicial de tipo constitucional, como la protección jurídica ante el Tribunal (Europeo) de Justicia contra las sanciones de la ONU, han estado hasta ahora en gran medida ausentes (caso Kadi)⁶³.

Por otra parte, los elementos mencionados sólo se han desplegado hasta ahora de forma gradual en el derecho de la Unión Europea, pero también aquí se habla predominantemente de una doble legitimación democrática del poder *unional* (BVerfG).

Por lo tanto, los requisitos constitucionales para las relaciones económicas y financieras internacionales o sus actores estatales y, más aún, no estatales, sólo pueden transferirse de forma limitada, aunque pueda parecer deseable un refuerzo de los elementos democráticos y constitucionales. La diferencia fundamental entre el derecho democrático a votar en el Estado (“Un hombre, un voto”) y la legitimidad del derecho internacional (“Un Estado, un voto”) no cambiará⁶⁴.

VIII. EFECTOS PARA EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Los efectos de la globalización de los fenómenos descritos son múltiples para el Estado constitucional y no son fáciles de cuantificar; no se limitan en absoluto al ámbito de las relaciones económicas y financieras internacionales, sino que afectan a casi todos los ámbitos de la convivencia social (por ejemplo, la comunicación y la digitalización; los transportes; la seguridad, el medio ambiente; las migraciones; la cultura; el deporte). Además de los actores clásicos de los Estados y las organizaciones internacionales, cada vez aparecen más actores no estatales en forma de “redes políticas”⁶⁵, por ejemplo, instituciones privadas de autorregulación o agencias de normalización, cuyo establecimiento de normas sólo está sujeto al control nacional cuando se aplican en los procedimientos legislativos

62 TSCHENTSCHER, A., *op. cit.*, nota 54, pp. 413; “En general, el derecho internacional muestra aspectos de tipo constitucional en la protección internacional de los derechos humanos, la primacía de las normas, el poder constitucional y el poder legislativo y ejecutivo del Consejo de Seguridad de la ONU”, (p. 425).

63 TJCE, C-402/05 y C-415/05-Kadi; Sentencia de la Gran Sala de 3/9/2008, n 322.

64 S.a. TSCHENTSCHER, A., *op. cit.* nota 54, p. 414.

65 RUFFERT, M., *op. cit.*, nota 1, pp. 50-52.

Europeos y/o nacionales⁶⁶. No se puede pasar por alto la importancia que tiene para la elaboración del derecho internacional entre los Estados y el derecho secundario creado por las organizaciones internacionales en el sentido de la teoría de las fuentes jurídicas internacionales, así como del derecho estatal, ya que el modelo clásico “jerárquico” de elaboración del derecho no se abandona, sino que se modifica de forma decisiva⁶⁷. Aunque en casos individuales la participación de actores no estatales o su elaboración autónoma de leyes puede aumentar la transparencia y el discurso en el sentido de la legitimación democrática “deliberativa” o “asociativa”, también existe el peligro de que los actores no estatales u ONG más poderosos puedan imponerse⁶⁸. A la vista de los cambios en los mecanismos de elaboración del derecho internacional y nacional, ya se habla de un “derecho global sin Estado”⁶⁹, no muy diferente de la “*lex mercatoria*” ya propagada para las relaciones comerciales transfronterizas, totalmente en el sentido de “gobernanza económica global”⁷⁰. Por lo tanto, los problemas se plantean de forma especial para la mediación democrática de la legitimidad y la aplicación del “Estado de Derecho” no sólo para los mecanismos clásicos de elaboración de leyes, sino también para las formas de elaboración de normas informales no estatales, sin poder tratarlas aquí de forma exhaustiva. A continuación, se examinan las posibilidades de control democrático y del Estado de Derecho en los acuerdos internacionales y en la normalización no estatal desde el punto de vista de la “internacionalización de la constitución”, o mejor: de la “estatalidad abierta”, ya que el término “internacionalización” podría malinterpretarse aquí en el sentido de una incorporación constitucional de la legislación no estatal. En primer lugar, hay que explicar someramente el potencial del Estado constitucional para la “estatalidad abierta” antes de discutir los límites.

66 Véase arriba sub 2.; 3.

67 RUFFERT, M., *op. cit.*, nota 1, 52.

68 KRIEGER, H., «Verfassung im Völkerrecht. Elemente jenseits des Staates», en VVDSTRL 75, *Verfassung als Ordnungskonzept*, *op. cit.*, nota 54, p. 460.

69 TEUBNER, G., en: TEUBNER, G. (ed.); *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997, p. 8.

70 RUFFERT, M., *op. cit.*, nota 1, p. 53; sobre los problemas véanse también las contribuciones desde una perspectiva predominantemente política y de ciencias sociales en KRIEGER, R., NIEDERBERGER, A. (eds), *Transnationale Verrechtlichung. Demokratien im Kontext nationaler Politik*, Campus-Verlag Frankfurt, 2008.

1. La estatalidad constitucional abierta

La “apertura de la constitución”, el “estado constitucional abierto” o la “internacionalización de la constitución” se ha convertido en un término habitual en la doctrina del derecho constitucional⁷¹. Significa la apertura de la constitución para el derecho generado internacionalmente en el sentido de las fuentes jurídicas internacionales (Art 38 par3 del Estatuto de la CIJ) para la aplicación interna (aplicación según la doctrina monista o transformación según la doctrina dualista). Esta apertura de la constitución está garantizada por las normas de integración constitucional, que incluyen los tratados internacionales, el derecho consuetudinario y los principios jurídicos generalmente reconocidos, pero también pueden incluir la legislación de las asociaciones de integración regional, como la Unión Europea⁷². En general, cuando se considera la incorporación o los poderes de integración a través de la apertura de la estatalidad, se puede hablar de una base común, al menos en el espacio europeo, y en el caso de la integración europea o “asociación de estados” incluso abogar por la adopción de constituciones complementarias⁷³.

Para la aplicación interna de los tratados internacionales, los parlamentos son las correas de transmisión de la legitimación democrática, mientras que en el caso de los acuerdos administrativos, los parlamentos no suelen participar⁷⁴. No es habitual un control parlamentario permanente de la práctica de los tratados en desarrollo, a menos que lo exijan requisitos especiales del tribunal constitucional (como en el caso de las obligaciones presupuestarias en los mecanismos de fi-

71 Vease Di FABIO, U., *Das Recht offener Staaten*, Tübingen, Mohr Siebeck-Verlag, 1998; HOBE, S., *Der offene Verfassungsstaat zwischen Veränderung und Interdependenz* (1998); von BOGDANDY, A., CRUZ VILLALÓN, P., HUBER, P. (eds.), *Handbuch IUS Publicum Europaeum*; Vol II: *Offene Staatlichkeit-Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Müller-Verlag, Heidelberg, 2008; WEBER, A., *Europäische Verfassungsvergleichung*, 14. Kap; Beck-Verlag, München, 2010, p. 395.

72 P. ej. Art. 23, Art. 24 GG (Ley Fundamental); Art. 9 Abs 1,2; Art. 10 Abs.1; Art. 66 Abs 2 B-VG (Const Austriaca); Art. 15 Präambel Const. Francesa 1946; Art. 53,55 Const Francesa 1958; Art. 93-96 CE; Art. 10 Abs 1 Cost. It.; Art. 90-96 Const. Neerlandesa; Art. 9, 87,91 Const. Polonesa, § 20 Abs 1 Const. Danesa; Kap 10 Const. Sueca; véase con más detalle en WEBER, A., *op. cit.*, nota 70, p. 418.

73 WEBER, A., *op. cit.*, nota 70, p. 428.

74 S. Al menos en el caso de la República Federal, donde la mayoría de los acuerdos son de carácter administrativo; Wiss. Dienst des Deutschen Bundestags de 31.1.2020, *Zur Beteiligung und Mitwirkung des deutschen Bundestags an dem Zustandekommen von völkerrechtlichen Verträgen und Verwaltungsabkommen und dem Geheimschutz*; p. 4.

nanciación de la Unión Europea)⁷⁵. El derecho parlamentario suele garantizar la retroalimentación democrática de la decisión ejecutiva del gobierno en el ámbito del poder exterior, la validez interna y la aplicabilidad directa⁷⁶. La incorporación de normas de derecho internacional con rango de ley simple (como en la República Federal de Alemania, art. 59, párr. 2GG) o de ley de rango superior no debe tratarse aquí, ya que depende del ordenamiento interno de aplicación; pero al menos también existe la posibilidad de desviarse de las obligaciones convencionales anteriores mediante el llamado “*treaty overriding*”⁷⁷. En el procedimiento convencional de ratificación de normas de derecho internacional, que sólo afecta indirectamente al ordenamiento interno, la aprobación parlamentaria en el procedimiento legislativo suele ser suficiente⁷⁸; un control más estricto surge en la aplicación del derecho supranacional según la jurisprudencia de numerosos tribunales constitucionales (sub. 7.2). Es cierto que esta vinculación democrática ya no proporciona suficiente legitimidad cuando se trata de impactos de gran alcance sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos o de las empresas (igualdad; propiedad; protección legal), como fue el caso de los controvertidos acuerdos de inversión (TTIP, CETA). En este caso, habría que examinar si es conveniente aumentar las obligaciones de transparencia por parte de la Unión Europea o las consultas informales a los ciudadanos antes de solicitar la protección jurídica ante los tribunales nacionales; la protección jurídica constitucional sólo es posible si la ley que aprueba el tratado o el acto de aprobación por parte del representante en el Consejo de la Unión se impugnan en un procedimiento sumario; no es probable que todos los tribunales constitucionales de la Unión permitan posibilidades de recurso de similar alcance que en Alemania.

Sin embargo, lo más claro es que hay una pérdida de control democrático en las decisiones de autorregulación o fijación de normas transnacionales que ya no pueden remontarse directamente a una cadena de legitimación ininterrumpida. Se pierde el contexto entre la competencia de participación conferida constitucionalmente (si es que existe) y la responsabilidad territorial del “demos”; la participación en el procedimiento parlamentario a través de representantes o mediante referendos *ad hoc* (como en algunos casos en Suiza) ya no puede compensar suficientemente esta situación. El Estado constitucional no puede resolver satisfacto-

75 S. supra sub 5.

76 MASING, J., *op. cit.*, nota 40, §2, n. 44-46.

77 Esto se aplica no solo a la RFA (BVerfG 141,1 (25)), sino también a Suiza y Austria; MASING, J., *op. cit.*, n. 47-48.

78 MASING, J., *op. cit.*, n. 53.

riamente este problema de legitimidad a menos que se construyan mecanismos compensatorios de representación a nivel internacional o a nivel del Estado constitucional⁷⁹; en el caso de los actores de derecho privado, habría que crear condiciones previas para la toma de decisiones y la organización democráticas que, por supuesto, chocan con la autonomía de las asociaciones privadas; se está reclamando más transparencia y modelos de democracia asociativa y deliberativa.

“La globalización pone al Estado constitucional democrático en un dilema: o le retira materialmente las decisiones o le hace elegir conceptos estratégicos que desencadenan déficits democráticos”⁸⁰.

En el caso de las formas de fijación informal de normas o estándares por parte de las organizaciones de autorregulación, se plantea un problema jurídico adicional de protección de los derechos fundamentales y de protección jurídica efectiva: Los actores u organizaciones no estatales gozan, por lo general, de la capacidad de derechos fundamentales como personas con o sin capacidad jurídica de derecho privado (por ejemplo, el artículo 19 (3) de la Ley Fundamental Alemana), que se aplica en el ámbito de la soberanía estatal (y posiblemente también extraterritorialmente)⁸¹; sin embargo, esto no se aplica, por ejemplo, a las personas jurídicas extranjeras de derecho privado en Alemania, en cuyo caso la sede efectiva suele ser decisiva (teoría de la sede)⁸². Las asociaciones transnacionales de derecho privado podrían, en determinadas circunstancias, invocar la protección alemana de los derechos fundamentales si sus miembros son predominantemente extranjeros y hacer valer así sus derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad de asociación, la libertad de ocupación y la libertad de propiedad, así como los derechos fundamentales de procedimiento frente al Estado como destinatario⁸³. Sin embargo, no se trata de los derechos de defensa de una organización de derecho privado frente a las intromisiones del Estado en el que tiene su sede, sino de la obligación de la parte privada por parte del Estado cuando ejerce tareas cuasi-soberanas; el Estado tendría más bien que ejercer su deber de protección frente a terceros, como el control en el marco del Estado de Derecho, que, sin

79 En este sentido, probablemente RUFFERT, J., *op. cit.*, nota 1, p. 61.

80 RUFFERT, J., *op. cit.*, nota 1, p. 64.

81 BVerfG de 19.5.2020; (Vigilancia de las telecomunicaciones del servicio de inteligencia en el extranjero).

82 BVerfG 21,207 (208); 23, 229 (236).

83 BRÜNING, C., «Art 19», en: STERN; K., BECKER, F.(ed.), *Grundrechte-Kommentar*, Carl-Heymanns-Verlag, Köln, 2010, n. 57-61.

embargo, encuentra reservas de autonomía privada en el marco de los derechos fundamentales. La dogmática de los derechos fundamentales del deber de protección (“*staatliche Schutzpflicht*”) tendría que ampliarse funcionalmente aquí⁸⁴. La tendencia a reconocer la subjetividad del individuo en el derecho internacional puede profundizar en este enfoque⁸⁵, si los deberes de protección se reconocen en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) a través de un “efecto indirecto” a terceros⁸⁶.

2. Límites de la estatalidad abierta en la Unión Europea

Como ya se ha mencionado en varias ocasiones, existen requisitos especiales para la influencia del derecho supranacional y la cooperación intergubernamental en el ámbito de la Unión Económica y Monetaria sobre el derecho de los Estados miembros. Como es sabido, el Tribunal Constitucional Federal ha establecido en su jurisprudencia límites decisivos a la transferencia de competencias a la Unión Europea (sentencias Maastricht; Lisboa)⁸⁷, algunos de los cuales han sido adoptados también por otros tribunales constitucionales.

El control de la extralimitación de competencias (*ultra vires*) así como el control de la identidad constitucional permiten un control de los actos soberanos supranacionales contra las intervenciones en la sustancia constitucional nacional, que en el caso de la revisión de los programas de bonos del BCE (PSPP) llevó incluso a la objeción del acto soberano europeo y a su confirmación por el Tribunal de Justicia de la UE⁸⁸. No se puede pasar por alto que un número importante de tribunales constitucionales y tribunales supremos europeos siguen el supuesto básico del control final, aunque la legitimidad democrática pueda no estar en el

84 RUFFERT, M., *op. cit.* nota 1, p. 66.

85 RUFFERT, M., *op. cit.*, nota 1, citando a PAUST, J., «The other side of Rights: Private Duties under Human Rights Law», *Harvard Law Journal*, 5, 1992, pp. 51-63.

86 GRABENWARTER, C., PABEL, K., *European Convention on Human Rights*, Beck, München, 2021, p. 141; SCZEKALLA, P., *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten in deutschen und europäischem Recht: Inhalte und Reichweite einer gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, p. 712.

87 BVerfGE 89, 155 (1993)-Maastricht; BVerfGE 123, 267 (2009)-Lisboa.

88 Sentencia del PSPP de 5.5. 2020; 2-BvR 859/15.

centro de las decisiones⁸⁹. El *Højesteret* danés⁹⁰ y el Tribunal Constitucional checo también han hecho valer reservas de revisión en relación con transgresiones de competencias; este último ya declaró *ultra vires* una decisión del Tribunal de Justicia de la UE en 2012⁹¹. El *Conseil Constitutionnel* francés⁹², el Tribunal Constitucional español⁹³, la *Corte Costituzionale* italiana⁹⁴ y el Tribunal Constitucional polaco (*Tribunal Konstytucyjny*)⁹⁵ también han planteado reservas sobre la identidad de la Constitución. Esto demuestra que, en el ámbito de la transferencia de competencias a instituciones supranacionales, que pueden imponer directamente actos de soberanía a los ciudadanos en los Estados miembros, existe un control efectivo del tribunal constitucional que puede compensar ciertos déficits de legitimidad democrática en casos individuales.

Esta jurisprudencia ha cobrado especial importancia en el ámbito de la Unión Monetaria y Bancaria Europea, como ya se ha explicado anteriormente. Las decisiones del BVerfG sobre la creación del mecanismo del SESF⁹⁶ así como del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEE)⁹⁷ tienen una importancia decisiva en este caso porque establecen normas estrictas para la responsabilidad presupuestaria democrática del parlamento, el “derecho madre” de las representaciones populares, por así decirlo. En principio, estas consideraciones pueden trasladarse a otros parlamentos a los que se les asigne la responsabilidad presupuestaria de la ayuda financiera de la Unión Europea o de la cooperación intergubernamental. La decisión del BVerfG sobre la Unión Bancaria Europea⁹⁸ también juega un papel de tendencia en este contexto, ya que el tribunal permite un cierto debilita-

89 MASING, J., *op. cit.*, nota 47, p. 105.

90 Sentencia de 6.4.1998, I 361 /1997.

91 Ustavni soud, sentencia de 14.2.2012, 2PIÚS5/12.

92 CC Dec n° 2006-540 de fecha 27/7/2006; n° 201-6311 de fecha 9/6/2011; Dec 2018-765 de fecha 26/7/2018.

93 Sentencia de 13.12.2005, DTC 1/2004.

94 Decisión de 27.12.1973 183/1973-Frontini.

95 Decisión de 16.11. 2011 n° SK 45/09.

96 *Op. cit.*, nota 44.

97 *Op. cit.*, nota 45.

98 *Op. cit.*, nota 51.

miento de la cadena de legitimación democrática en las agencias administrativas europeas, si esto puede ser compensado por un control judicial efectivo. La medida en que esta consideración podría aplicarse también a las uniones o instituciones administrativas transnacionales, que generalmente tienen menos poderes de intervención y supervisión, requeriría un examen más detallado.

IX. PERSPECTIVA

Las implicaciones fácticas y jurídicas de la globalización en el ámbito de las relaciones económicas y financieras internacionales no son totalmente nuevas, pero han aumentado considerablemente en intensidad y alcance. Las repercusiones para el Estado constitucional, incluido el derecho administrativo, son múltiples y bastante heterogéneas, como ilustran los fenómenos presentados. Un hilo conductor del problema es la cuestión de la suficiente legitimidad democrática y el control del Estado de Derecho en la elaboración de normas internacionales a diversos niveles; además, también puede estar la salvaguarda de los derechos de protección social (principio del “Estado Social”), de los consumidores y de las normas medioambientales, que pueden surgir en casos concretos, por ejemplo en el ámbito del GATT/OMC y sus acuerdos especiales, como los tratados bilaterales o multilaterales de inversión. En principio, el derecho constitucional sólo puede reaccionar a esto con los instrumentos clásicos de la representación democrática parlamentaria y su legitimidad, como, si es necesario, un control constitucional y judicial intensificado, en la medida en que esto no se logre suficientemente a nivel internacional o supranacional. La mediación de la legitimidad democrática en el sistema representativo-parlamentario en la aplicación del derecho derivado establecido por las organizaciones internacionales sólo puede atribuirse democráticamente en un sentido formal, en el que los representantes del Estado ejercen el mandato (indirectamente legitimado democráticamente) mediado a través del ejecutivo; la unanimidad en la toma de decisiones y el derecho de veto de un Estado miembro a ella sólo se sigue garantizando en los ámbitos existenciales de la vida y se sustituye en gran medida por el principio de la mayoría (por ejemplo, la doble mayoría en el Consejo de la Unión Europea), de modo que la compensación suficiente mediante el voto en los organismos internacionales sólo es posible en una medida muy limitada. La legislación sobre la base de la igualdad de los afectados en el sentido de la representación democrática y la autolegislación ha sido sustituida en gran medida por procesos de negociación formales o —como en el caso de las instituciones normativas privadas— informales⁹⁹, que en el mejor de los casos pueden revisarse a posteriori o retrasarse mediante una protección jurídica provisional antes de la votación y ratificación parlamentarias. El Estado

99 Sobre esto, MASING, J., *op. cit.*, nota 47, p. 131.

constitucional moderno sólo podría escapar de este dilema si se consiguiera una compensación suficiente para el fortalecimiento de la legitimidad democrática en el ámbito de las organizaciones internacionales, por ejemplo, mediante comités consultivos o consejos asesores parlamentarios en el proceso de elaboración de normas; en vista de la heterogeneidad de las estructuras organizativas y de poder y de la afirmación de los intereses de los poderosos actores estatales y no estatales, esto no parece en absoluto seguro y es más bien una suposición optimista. Una democracia cosmopolita que pudiera sustituir a los parlamentos nacionales a nivel global –y posiblemente en organizaciones específicas¹⁰⁰– parece no sólo poco realista, sino también cuestionable, porque difícilmente podría ser asegurada por los elementos centrales del diseño democrático en el Estado constitucional (cambio de gobierno sobre la base de elecciones; responsabilidad; separación de poderes; protección de los derechos fundamentales; jurisdicción independiente)¹⁰¹. Si se toma nota de forma realista de estas condiciones de existencia y eficacia del Estado constitucional, sólo quedan reconocibles las construcciones evasivas o compensatorias, que ya se han indicado anteriormente en varias ocasiones. La compensación puede ser proporcionada en parte por un mayor escrutinio de los tribunales constitucionales de los actos de las organizaciones internacionales, especialmente los actos con efecto directo, que efectivamente hacen cumplir el “Estado de derecho” y la protección de los derechos humanos. Esto debe seguir siendo realizado por los tribunales como el Tribunal Europeo de Justicia o los tribunales de derechos humanos (p.e. Tribunal Europeo de Derechos Humanos: CEDH; Corte Interamericana de Derechos Humanos: CIDH). El control judicial debería tener lugar en “cooperación” entre los tribunales constitucionales y –en su caso– los tribunales supranacionales, y los instrumentos de control “*ultra vires*” y de “identidad constitucional” desarrollados en particular por el BVerfG, deberían aplicarse con cautela.

Además de la compensación judicial de los déficits de legitimidad democrática, que el Tribunal Constitucional Federal también ha considerado admisible dentro de unos límites¹⁰², también tiene sentido considerar cómo podría reforzarse la legitimidad democrática de manera informal en la fase previa a la ratificación

100 Cf. HELD, D., *Democracy and Global order*, Wiley, 1995; HELD, J., «Democracy and World Order», en: ARCHIBUGI, D., HELD J., *Cosmopolitan Democracy. An Agenda for a new World Order*, Wiley, 1995, p. 106; ARCHIBUGI, D., KOENIG-ARCHIBUGI, M., MARCHETTI, R., *Global Democracy: Normative and Empirical Perspectives*, Cambridge UP, 2012.

101 Por ejemplo, MÜLLER, H., «Parliamentarisierung der Weltpolitik.-eins skeptischer Warnruf», en: KREIDE, R., NIRDERBERGER, A., *op. cit.*, 49, pp. 137,153.

102 *Supra* sobre la Unión Bancaria, nota 51.

parlamentaria en el ámbito de la elaboración de normas internacionales. En este sentido, los órganos consultivos, que informan a las comisiones parlamentarias nacionales y llaman la atención sobre importantes procesos normativos, podrían desempeñar un cierto papel. Difícilmente se puede prescribir un modelo estándar, sino que sería necesario diferenciarlo en función de las competencias de la organización y de la orientación temática.

El ataque de Rusia a Ucrania desde el 24 de febrero de 2022, contrario al derecho internacional, debe dar lugar a una nueva reflexión sobre cómo se puede garantizar la seguridad del suministro energético y del comercio internacional en caso de interrupción del suministro en caso de emergencia. Las relaciones económicas y financieras internacionales se basan en la libre circulación de bienes, servicios y finanzas, que sólo puede restringirse en el marco de las sanciones de la ONU (art. 41 de la Carta de las Naciones Unidas) o de las sanciones de los Estados individuales o de las decisiones del Consejo de la Unión Europea de conformidad con la legislación del GATT/OMC (art. XXI, párrafos b y c, del GATT).

La dramática dependencia de la mayoría de los Estados de la Unión Europea de las importaciones de petróleo y gas de un Estado que actúa como agresor exige la responsabilidad del Estado de garantizar el suministro energético en caso de emergencia¹⁰³. La UE ya había adoptado medidas en el ámbito del suministro de gas con planes de contingencia y distribución solidaria como “ultima ratio” con un reglamento de 2017¹⁰⁴. El suministro de energía será un componente importante de una política de protección del clima y del medio ambiente en el sentido del “*Green Deal*” propagado por la Comisión de la UE¹⁰⁵.

El Estado constitucional está obligado a tomar medidas de “*Daseinsvorsorge*” (Forsthoff) en el sentido más estricto de la palabra. Este deber puede y debe consagrarse en el derecho constitucional no sólo para las catástrofes naturales y las pandemias en el sentido de los estados de excepción, sino también para la pro-

103 En la República Federal de Alemania, véase la modificación por la Ley de Seguridad Energética; *Energiesicherungsgesetz (EnSiG)* de 20/5/2022; en España “Plan Nacional de repuesta a las consecuencias de la guerra en Ucrania; Gobierno Español vom 29/3/2022.

104 Reglamento (UE) 2017/1938 del PE y del Consejo, de 25.10.2017, relativo a las medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas.

105 S Comisión de la UE: “Energía y Green Deal”; según esto, se requieren “Planes Nacionales Integrados de Energía y Clima” para un periodo de 2021-2030 por parte de los Estados miembros, cubriendo las áreas de eficiencia energética, energías renovables, reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, líneas de conexión como la investigación y la innovación.

visión de bienes económicos elementales, aunque los Estados y sus sociedades sigan dependiendo de la globalización de las relaciones económicas y financieras internacionales y se beneficien mutuamente de ella.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ARCHIBUGI, D., KOENIG-ARCHIBUGI, M, MARCHETTI, R., *Global Democracy: Normative and Empirical Perspectives*, Cambridge University Press, 2012.
- AUBY, B., *La globalisation, le droit et l'Etat*, LGDJ, París, 2020 (3ed).
- BECK, U., *Was ist Globalisierung?*, Suhrkamp-Insel-Verlag, Berlin, 2015.
- von BERNSTORFF, J., «Streitigkeiten über gemeinwohlorientierte Regelungen von Investoren gehören vor die Verfassungsgerichte», 15/5/2014, <https://verfassungsblog.de/investment-protection-ttip>
- von BOGDANDY, A., CRUZ VILLALÓN, P., HUBER, P. (ed.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum; Vol. II: Offene Staatlichkeit-Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Müller-Verlag, Heidelberg, 2008.
- BORCHARDT, K., *Die Globalisierung in historischer Perspektive*, Verlag der Bayerischen Akademie, München, 2001.
- CALLIES, C., «Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtssetzung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSTRL)*71 (2021), *Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung*, de Gruyter-Verlag, Berlin-Boston, p. 113.
- DI FABIO, U., *Das Recht offener Staaten*; Tübingen, Mohr Siebeck-Verlag, 1998.
- ENDERLEIN, H., «Solidarität in der Europäischen Union-Die ökonomische Perspektive», en CALLIES, C. (Hrg.), *Europäische Solidarität und nationale Identität*, 2012, p. 83.
- FEICHTER, I., «Investitionsschutz in der Kritik», *Verfassungsblog*, 8/5/2014.
- «TTIP und das Verfassungsrecht», *Verfassungsblog*, 15/5/2014.

- FROWEIN, J., «Konstitutionalisierung des Völkerrechts», en: Berichte der Deutschen Gesellschaft des Völkerrechts, en DICKE/HUMMER/GIRSBERGER/BOELE-WOELKI/ENGEL/FROWEIN, *Völkerrecht und Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System-Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, vol 39(1999), p. 427; de Gruyter-Verlag, Berlin-Boston.
- GRABENWARTER, C., PABEL, K., *Europäische Menschenrechtskonvention*, Beck-Verlag, München, 2021.
- HÄDE, U., *Die Europäische Währungsunion in der Finanzkrise - Die Grenzen europäischer Stabilität*; Europarecht, 2010, p. 854.
- HELD, D. «Democracy and World Order», en: ARCHIBUGI, D., HELD, J., *Cosmopolitan Democracy. An Agenda for a new world order*, Wiley, 1995, p. 106.
- KAHL, W., «Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht», en: VVDSTRL 76, *Grenzüberschreitungen*, Gruyter-Verlag, Berlin-Boston. 2017.
 - «Rechts und Sachkontrolle in grenzüberschreitenden Sachverhalten», en: ISENSEE, J., KIRCHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts*, Bd XI (Internationale Bezüge), 2013, § 253.
- KREILE, R., NIEDERBERGER, A. (ed.), *Transnationale Verrechtlichung. Nationale Demokratie im Kontext globaler Politik*, Frankfurt, Campus-Verlag, 2008.
- KRIEGER, H., «Verfassung im Völkerrecht. Konstitutionelle Elemente jenseits des Staates», en: VVDSTRL 75, *Verfassung als Ordnungskonzept*, Gruyter-Verlag, Berlin-Boston, p. 439.
- MASING, J., «Verfassung im internationalen Mehrebenensystem», en: HERDEGEN, M., MASING, J., POSCHER, R., GÄRDITZ, K. F., *Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive*, München, Beck-Verlag, 2021, p. 97.
- MÖLLERS, C., «Demokratie», en: HERDEGEN, M., MASING, J., POSCHER, R., GÄRDITZ, K. F., *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, München, Beck-Verlag 2021, §5, p. 317.
- MÜLLER, H., «Parlamentarisierung der Weltpolitik/ ein skeptischer Warnruf», en: KREILE, R., y NIEDERBERGER, A., *Transnationale*

Verrechtlichung, Nationale Demokratie im Kontext globaler Politik, Frankfurt, Campus-Verlag, p. 137.

- PAUST, J., «The other side of rights: private duties under human rights law», en: *Harvard Law Journal*, 1992, p. 51.
- PETERSMANN, U., *Constitutional Functions and Constitutional Problems in International Economic Law*; Pupil 3, University Press, Fribourg, 1991.
- RUFFERT, M., *Die Globalisierung als Herausforderung des öffentlichen Rechts*, Stuttgart, Boorberg-Verlag, 2004.
- SCZEKALLA, P., *Die sogenannte grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht: Inhalte und Reichweite einer gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion*, Berlin, Duncker & Humblodt, 2002.
- TEUBNER, G., en: TEUBNER, G. (ed), *Global law without a state*, Dartmouth, 1997.
- TSCHENTSCHER, A., «Verfassung im Völkerrecht», en: *VVDSTRL 75, Verfassung als Ordnungskonzept*, 2016. P. 407.
- WEBER, A., *Europäische Verfassungsvergleichung*, München, Beck-Verlag, 2010.