

BOGDANDY, ARMIN VON, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM-IIJ, 2011, 444 pp. (*Líneas conceptuales del nuevo Derecho Público a partir de una reseña*).

Dar cuenta del contenido de una obra no es tarea fácil si se parte de la premisa que al darle lectura uno se adentra, así sea someramente, en el pensamiento y la visión, en este caso jurídica, que tiene una persona sobre un determinado objeto de estudio. La situación se torna complicada cuando de lo que se trata no es de exponer el contenido de una reflexión jurídica construida en breve lapso sino del análisis y los resultados obtenidos con la solera de varios años de investigación, como es el caso.

Como ya lo indica el mismo autor en el prefacio, estamos ante una publicación que contiene doce artículos escritos a lo largo de una década; entonces, la obra contiene diez años del pensamiento de Armin von Bogdandy, tiempo en el cual se han realizado planteamientos, comprobado hipótesis y, muy seguramente, cambiado afirmaciones.

Los albores de esta línea de investigación parecen coincidir con el ingreso del autor al Instituto Max Planck de Derecho Comparado y Derecho Internacional Público de Heidelberg, en el 2002, como su director. Y si esto es así, como suponemos y ello no es un dato menor, queda en evidencia que se puede estar al frente de una institución del tamaño y prestigio como el Instituto Max Planck de Heidelberg y, al mismo tiempo, obtener productos serios en la investigación académica.

La importancia del contenido de la obra, y de quien lo escribió, ameritaba un prólogo con una pluma experta en el derecho público de América Latina, y nadie mejor para desempeñar ese papel que Jorge Carpizo, jurista mexicano dedicado en cuerpo y alma al derecho constitucional, y amigo del autor y de quien esto escribe. Hay que advertir que lo escrito por Jorge Carpizo no fue un prólogo, lo que hubiera logrado con la presentación del autor y un comentario general sobre el contenido del libro invitando a su lectura; lo que hizo, más bien, fue una reseña pues

da cuenta de las principales ideas que subyacen en cada uno de los doce artículos que componen esta obra. Lo tradicional en la mayoría de los libros es que al inicio aparezca un prólogo elaborado por un especialista en el tema o por un amigo, o bien que alguien después de haberle dado lectura le haga una reseña, pero lo que rompe con esta tradición es que al inicio aparezca un prólogo-reseña. Lo sucedido nos parece correcto en la medida en que realza el interés del prologuista en el contenido de la obra y en el de su autor pero también hay que reconocer que nos deja muy mal parados a los que únicamente podemos cumplir el papel de reseñistas. Como quiera que sea, se agradece a Jorge Carpizo el señalamiento de las principales ideas con las que nos toparemos a lo largo del libro.

La obra no es una sencilla compilación de doce artículos. Es, más bien, la síntesis del pensamiento de un autor reflejado en varios artículos que al sucederse unos a otros se completan sin llegar a repetirse; como si el autor hubiera decidido, desde el principio, escribir un libro por capítulos. Tenemos la certeza que el profesor alemán siempre estuvo consciente de esta circunstancia, a grado tal que cuando era pertinente estableció la relación entre uno y otro artículo, como queda de manifiesto al inicio de cada uno de ellos o bien en el desarrollo de su contenido, como ocurre en la página 124 o en la 211, por citar algunas.

Somos de la opinión que uno de los objetivos de la publicación de esta obra, entre otros, es poner sobre la mesa un punto de referencia para analizar de manera diferente el derecho constitucional y, en general, el derecho público en América Latina, región en la que hemos abreviado de la mejor doctrina publicista europea, pero a donde no han permeado las nuevas reflexiones producidas a la luz de los cambios regionales integracionistas. Reconocemos que en este momento no tenemos las herramientas para pergeñar siquiera una idea de lo que podría llegar a ser el nuevo derecho público latinoamericano, sin embargo, la lectura de esta obra ha sembrado en quien esto escribe el interés por abordar este tema a partir de ahora. Por esa misma razón, esta reseña no pretende ser un comentario que invite a la lectura del libro, pues de ser así quedaría incompleto haciendo más difícil de entender su nueva concepción, amén de que se le haría un flaco favor al autor; con esta recensión buscamos, más bien, difundir una línea de investigación construida durante largos años y la cual estamos seguros puede ser de utilidad para el análisis científico del derecho constitucional, en lo particular, y del derecho público, en lo general, que está por venir en América Latina.

Habría que considerar en ese nuevo análisis, no obstante, que en esta región existe una especial tradición de seguimiento a una disciplina jurídica que lleva por título derecho internacional público, y en la que se estudian las instituciones que precisamente forman parte del entramado institucional internacional. Queda muy clara la noción que subyace en el libro, pero quizá sería importante delimitar contenidos entre ambas disciplinas jurídicas para evitar confusiones o, mejor aún, para ver en qué aspectos se encuentran coincidencias que puedan ser analizadas conjuntamente. De cualquier manera, compartimos la afirmación de Jorge Carpizo que la idea de una verdadera integración latinoamericana proviene ya desde las independencias de nuestro países (p. XI), por lo que a partir de allí la tendríamos que empezar a construir.

Los doce artículos que integran el libro están agrupados en tres bloques temáticos: evolución de la ciencia del derecho público, principios constitucionales y autoridades transnacionales, y temas centrales del nuevo derecho público. Es una organización sugerente que, sin embargo, en esta reseña no seguiremos; en su lugar preferimos realizar un trazo horizontal del contenido de la obra a través de tres temas que a nuestro entender engloban de mejor manera los planteamientos inmersos en los doce artículos y así podremos proporcionar, considera quien esto escribe, una ayuda al nuevo lector de estos temas.

El hilo conductor temático del pensamiento del profesor Armin von Bogdandy está en estas tres nociones: el espacio jurídico europeo a la luz de la integración; las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional público, y el nuevo derecho público europeo. La relación que existe entre ellas es causal y consecuencial. A través de los años, mediante la expedición de instrumentos internacionales y una amplia normativa comunitaria fue creándose un orden jurídico paralelo al nacional, hasta llegar a constituirse, como indica el autor, un espacio jurídico europeo. Este espacio, sin embargo, en sus inicios no entró frontalmente en contienda con lo nacional, fue hasta el momento en que la toma de decisiones europeas estaban desplazando el eje nacional, por ello devino necesario el análisis de los textos constitucionales así como la emisión de decisiones de los Tribunales Constitucionales que dieran un nuevo entendimiento o marcaran los términos correctos de la discrepancia. El nuevo derecho público, entonces, viene a ser una propuesta, concebida conceptualmente desde lo nacional, que crea un espacio en donde pueden analizarse neutralmente las diferencias entre lo supranacional y

lo nacional, no habiendo resultado convincentes las herramientas propias del constitucionalismo. Así es como concibo las líneas temáticas y argumentales de la obra del profesor von Bogdandy.

En lo que corresponde al “Espacio Jurídico Europeo a la Luz de la Integración”, dos son los artículos que están en relación directa con el tema: “Notas sobre la ciencia del derecho europeo” e “Historia y futuro del derecho constitucional en Europa”.

En el primero de ellos, publicado en el 2000 y por este dato cronológico pensamos constituyó una de las primeras reflexiones que llevó al autor a continuar en el tema, aborda directamente el fenómeno de la integración europea y en especial del derecho comunitario, para lo cual el profesor Armin von Bogdandy señala que la tarea de desarrollar los conceptos jurídicos en el proceso de integración europea es imposible de acometer (p. 46), terminando por utilizar como criterio clasificador de la información el de la lengua del sistema jurídico del mismo autor, limitándose a abordar los debates de la teoría general del derecho comunitario. El Estado, sostiene el autor, había sido la única forma de dominio político y jurídico, pero que la Unión no sea un Estado, y nunca lo será, ha dado lugar a una reconstrucción parca que apenas propone contenidos y direcciones (p. 53), pero en la cual la separación del anclaje estatal de los institutos claves de derecho público no puede mantenerse sin repercutir en la comprensión jurídica de los Estados miembros (p 54).

Después de haber dado lectura al libro podemos afirmar, sin temor alguno, que aquí subyace ya una propuesta amplia de conceptos jurídicos que explican el proceso de integración y delinean la nueva noción del derecho público. Tan es así que el profesor Armin von Bogdandy utiliza una frase de la doctrina tradicional alemana: “los conceptos son el instrumento cognitivo más importante de las ciencias jurídicas” (p. 283).

Y esta frase la lleva el autor hasta sus últimas consecuencias, ya que esta obra también puede ser vista como una sucesión continua de conceptos. Sin ser exhaustivos, allí encontramos los siguientes: derecho público europeo (p. 4), espacio jurídico europeo (p. 4), constructivismo dogmático (p. 19), gobernanza global (p. 93), gestión pública (p. 96), autoridad pública internacional (96), principios fundamentales (p. 126), tensión federal (p. 126), constructivismo doctrinal (p. 134), constituciones complementarias (p. 181), efecto directo (p. 189), subsidiariedad, complementariedad, principios constitucionales y fundamentales, (pp. 130 y ss.), método de crítica de la jurisprudencia (p. 211), principio de gene-

ralización (p. 236), principio de configuración (p. 236), responsabilidad en el proceso de integración (p. 241), método de la clarificación conceptual (p. 251), globalización (p. 253), democracia (p. 253), deconstrucción de teorías (p. 287), pluralismo jurídico (p. 288), acoplamiento (p. 289), efecto directo (p. 289), interpretación conforme (p. 293), subsidiariedad (p. 296), discriminación a la inversa (296), igualdad ante la ley (p. 297), identidad constitucional (p. 316), funciones convencionales del Estado (p. 342), teoría de las funciones (p. 355), competencia (p. 363), competencia concurrente (364), competencia paralela (364), principio de legalidad negativa (p. 367), principio de legalidad positiva (p. 370), principio de habilitación limitada (p. 370), principio de atribución (p. 370), competencia implícita (p. 372), competencia del ente (p. 374), competencia del órgano (p. 374) y competencia de principios (p. 401).

Tratados como la Constitución de Europa es la imagen y la construcción explicativa más vigorosa del derecho comunitario, pero si la opinión mayoritaria ubica el poder constituyente en los Estados miembros (p. 59), la clasificación de las relaciones recíprocas entre la Constitución de la Unión y las Constituciones nacionales es un gran tema con modelos distintos: unión de Constituciones o núcleo constitucional europeo en cláusulas de integración de las Constituciones nacionales de modo que discuten la autonomía constitucional de la Unión (p. 61).

Ni duda cabe que existe un debate amplio sobre la europeización del derecho nacional (p. 63). Los fundamentos del derecho comunitario se deducen de la situación de tensión entre el Estado-nación y un titular supranacional con dominio, pero se ha abandonado la tesis defendida en los inicios de la integración por la cual el derecho comunitario se aplicaba en virtud de su transformación en derecho nacional. En el curso de la integración no sólo se construye un mercado sin Estado y un sistema de gobierno sin Estado sino también un derecho sin Estado (p. 65). El derecho se define esencialmente a través de la coacción y el Estado es la organización social que detenta el monopolio legítimo de la fuerza. Esta reciprocidad se ha llevado hasta el punto de ver en el concepto de Estado de derecho un sin sentido. ¿Por qué se cumple entonces el derecho de la unión? Porque, responde von Bogdandy, en la aplicación del derecho comunitario se ejerce poder coactivo estatal (p. 66).

Las reflexiones del profesor von Bogdandy en el artículo “Historia y futuro del derecho constitucional en Europa” parten del estado que pre-

senta el derecho constitucional en doce de los países de Europa. Dentro de sus múltiples afirmaciones conviene rescatar aquélla en la que hace énfasis en la autonomía de la ciencia del derecho constitucional, indicando que ésta se asocia con la ciencia jurídica alemana, con el método jurídico del positivismo del derecho del Estado (*staatsrechtlicher positivismus*), personificado por Gerber y Laband, adentrándose en conceptos base como Estado, soberanía, derecho público subjetivo, persona jurídica, ley formal y ley material (pp. 14-16). Para el profesor von Bogdandy la autonomía del derecho constitucional frente a otras disciplinas del derecho público se basa en la supremacía del derecho constitucional frente al resto del derecho público, aunque con grados de autonomía diferentes según el país de que se trate (p. 27).

Otra de las conclusiones que conviene tener presente es el consenso que existe al momento de considerar que la apertura de los órdenes jurídicos nacionales al derecho supranacional ha iniciado un proceso de transformación del derecho constitucional nacional y de su propia ciencia (p. 36). Por tal motivo, se vislumbra en el horizonte un espacio científico europeo de la ciencia del derecho constitucional que resulta incierto en cuanto a saber lo que está cambiando pero que al mismo tiempo constituye un desafío. Otra situación prevalece en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues allí cabe plantearse la posibilidad de si las garantías del mencionado Convenio se convertirán en lengua franca del discurso sobre los derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo (p. 38).

El autor afirma, como no podría ser diferente, que el espacio jurídico europeo es el ámbito propicio para que emerja el derecho comparado, sobresaliendo la situación de que en Alemania el papel del derecho comparado en las ciencias del derecho constitucional en un inicio se cultivaba muy poco. Sin embargo, a partir de los años noventa esta situación cambió radicalmente y ahora Alemania está inserta en el derecho comparado intraeuropeo, ya no habiendo lugar para sostener la expresión, tanto inglesa como alemana, de que sus derechos constitucionales son los mejores del mundo al no cultivar el derecho comparado (p. 39).

La segunda línea temática desarrollada por el profesor Armin von Bogdandy en la obra que reseñamos consiste en las “Relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público”, la cual es abordada directamente en tres de sus artículos: “El derecho internacional como derecho público”, “Configurar la relación entre el derecho consti-

tucional y el derecho internacional público”, y “El constitucionalismo en el derecho internacional”.

Somos de la opinión que estos tres artículos, y no sólo el primero como se indica, fueron productos académicos de un ambicioso proyecto de investigación desarrollado del 2005 al 2008 en el Instituto Max Planck de Heidelberg, a cargo del profesor von Bogdandy, sobre Gobernanza Global y Derecho Público.

El primero de ellos constituye, a nuestro parecer, el artículo en donde mejor queda evidenciada la posición del profesor von Bogdandy para llevar el derecho público al derecho internacional. O dicho en sus palabras, la manera de concebir formas de gobernanza global bajo los conceptos y los principios del derecho público (p. 94), ya que el ejercicio de la gestión pública por parte de las instituciones internacionales puede tener un fuerte impacto legal o de facto en los asuntos domésticos, lo que debe impulsar a los estudiosos del derecho público a establecer los fundamentos jurídicos de dicha gestión, así como a determinar cómo y quién la controla (p. 96).

El punto modular de su posición consiste en centrarse en el ejercicio de la “autoridad pública internacional”, ya que cualquier acto de gestión pública, administrativo o intergubernamental, que realicen las instituciones internacionales, debe ser considerado como un ejercicio de autoridad pública internacional si afecta a individuos, asociaciones privadas o empresas, Estados u otras instituciones públicas. Con este concepto pueden identificarse los fenómenos de gestión de asuntos públicos que los especialistas en derecho público deberían estudiar (p. 97).

Parece ser que la razón que llevó al profesor von Bogdandy a recurrir al derecho público fue que a la gobernanza global le hacía falta la legitimidad que aporta este derecho, sobre todo porque la experiencia de las democracias liberales demuestra cuán importante es que los interrogantes sobre la legitimidad puedan ser planteados en términos de legalidad (p. 102). Se requería un giro hacia el ejercicio de autoridad pública internacional a fin de identificar mejor aquellas actividades internacionales que afectan a otros sujetos jurídicos, restringen su libertad de tal manera que exigen legitimidad y, por tanto, requieren un marco jurídico de derecho público. Lo que no implica descartar el concepto de gobernanza global (p. 103).

Pero para utilizar el concepto de “autoridad pública internacional” el actual director del Instituto Max Planck de Heidelberg tuvo que realizar

una notable innovación conceptual, ya que se encontraba frente a concepto acuñado a la luz del monopolio que el Estado tiene de la coerción legítima y del poder soberano de los individuos.

De esta manera, la autoridad es la capacidad legal de configurar unilateralmente la situación jurídica o de facto de otro reduciendo sus libertades (p. 103), y el ejercicio de la autoridad es la materialización de esa capacidad mediante decisiones y regulaciones, o también informaciones (p. 104). Lo trascendente en esta nueva noción es que la determinación que se tome con autoridad puede ser jurídicamente vinculante o no, ampliación que resulta necesaria porque los actos pueden no ser vinculantes pero sí condicionantes, como sucede, por ejemplo, cuando se ejerce presión para que se atenga a su mandato, quizá porque los beneficios de su observancia superan las desventajas de ignorarlos o por mecanismos que imponen recompensas o sanciones. En cualquier caso, esta ampliación del concepto de autoridad limita libertades individuales y la autodeterminación colectiva en el mismo grado que los actos vinculantes (p. 105).

El profesor von Bogdandy aclara que no todo ejercicio de autoridad es internacional y público. Es autoridad pública internacional la que se ejerce sobre la base de una competencia atribuida por un acto internacional común adoptado por autoridades públicas (Estados o entes) que persiguen un objetivo de interés público (106). Es una noción que parte de la base legal para calificar a la autoridad de pública, pero que da cabida tanto a entes formales como informales (OCDE, G8, por ejemplo), pues estos últimos son creaciones estatales que ejercen un poder considerable o incluso porque muchas organizaciones informales operan en gran medida como filiales de organizaciones formales. Por tanto, tanto unas como otras al ejercer la autoridad pública internacional precisan de un marco legal de derecho público, por lo que el enfoque que se adopta es amplio (p. 107). Con el enfoque desde el derecho público se logra una aproximación jurídica y un desarrollo del marco jurídico para el ejercicio de la autoridad pública internacional, identificándose el derecho aplicable que permitirá trazar la línea divisoria entre ejercicios legales e ilegales de la autoridad y el derecho aplicable a las interrogantes sobre la legitimidad (p. 108).

La concepción del derecho público que efectúa el profesor von Bogdandy se basa en los tres enfoques internos que existen sobre los fenómenos de gobernanza global: *a) la constitucionalización, b) las perspectivas*

del derecho administrativo global y *c)* el derecho institucional internacional (p 112).

En el enfoque de la constitucionalización, el más desarrollado por el profesor von Bogdandy, explica que mientras algunos autores emplean una aproximación constitucionalista para la construcción general del derecho internacional, otros la utilizan para desarrollar un marco legal que permita controlar las actividades de las instituciones internacionales (p. 113). En este sentido, propone que la actividad de las instituciones internacionales debería ser analizada con sensibilidad constitucional y debe nutrirse del constitucionalismo tal y como se han desarrollado las instituciones nacionales de los Estados democráticos (p. 113). El constitucionalismo subraya la importancia de principios tales como la libertad individual y la autodeterminación colectiva, así como el imperio del derecho. Además, el profesor von Bogdandy sostiene que la constitucionalización interna de las instituciones internacionales promete aportar respuestas a algunas de las preocupaciones existentes; esta constitucionalización, basada en el documento constitutivo de una institución internacional, permitirá el desarrollo de instrumentos, procedimientos y limitaciones jurídicas de las actividades de una institución internacional de acuerdo con las especificidades de cada régimen (p. 114).

Los tres enfoques internos pueden combinarse, así por ejemplo, se puede utilizar el tercero, sobre el derecho institucional internacional, como base para un marco legal del ejercicio de la autoridad pública. Armin von Bogdandy considera que el derecho de las instituciones internacionales puede aportar una base disciplinaria firme al análisis del ejercicio de la autoridad pública internacional. Este derecho debiera abarcar no sólo las organizaciones internacionales sino también los regímenes convencionales y los informales, así como los instrumentos no vinculantes (p. 117).

En el artículo “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, el profesor von Bogdandy parte de la premisa principal según la cual para avanzar en el desarrollo de un nuevo derecho público resulta imprescindible repensar la relación del derecho internacional público con los ordenamientos jurídicos internos en torno a los conceptos antagónicos de monismo y dualismo (p. 283), a los que denomina “zombis” intelectuales de otro tiempo (p. 288), aunque su propuesta, en realidad, trasciende con mucho estos vocablos.

La premisa anterior la construyó bajo la consideración de tres tesis. En la primera sostiene que la pirámide es un concepto relacionado con el monismo kelseniano que conlleva una concepción trasnochada que debería descansar en paz, por lo que merece ser deconstruida (p. 285) y el dualismo sustituido por una teoría del pluralismo jurídico. En la segunda afirma que la deconstrucción de la pirámide debería acompañarse de una reconstrucción de la doctrina del efecto directo o carácter autoejecutivo del derecho internacional y la doctrina de la interpretación conforme. Por último, en su tercera tesis sostiene que la respuesta debe buscarse dentro del proceso constitucional interno, de acuerdo con la experiencia, las expectativas y las convicciones de las diversas y heterogéneas comunidades constitucionales (p. 286).

Es importante advertir que en la primera tesis el autor de la obra que reseñamos sostiene que una explicación teórica convincente sobre cómo reconstruir la pirámide provendrá probablemente de una teoría del pluralismo jurídico, pues tiene mayores posibilidades de suministrar conceptos que ayuden a comprender cómo se desenvuelven y actúan en este ámbito los juristas, los polítólogos y los ciudadanos (p. 288). El pluralismo jurídico no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos, al contrario, promueve la idea de que existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos. Así, ninguna Constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un “pluriverso normativo”, como pone de manifiesto el caso europeo. Un concepto que podría resultar útil para explicar las relaciones normativas sería el de “acoplamiento entre ordenamientos jurídicos” (p. 289).

La segunda tesis es la que mayor impacto tiene en relación con el tema de las relaciones que ahora se aborda. Coincidimos con el profesor von Bogdandy al afirmar que en el plano doctrinal es más factible concebir la relación entre el derecho internacional público y los ordenamientos jurídicos internos, acudiendo a las instituciones jurídicas de la interpretación conforme al derecho internacional público y del efecto directo de sus normas y obligaciones (p. 284). Se trata de instituciones jurídicas de derecho interno que han de interpretarse a la luz de principios constitucionales, pero tomando en consideración que la problemática en torno a la consecución de los principios liberal-democráticos en ámbitos supranacionales podría superarse si se admitiera que los órganos constitucionales conservan la responsabilidad jurídica y política por las consecuencias de

las decisiones internacionales y tienen efecto reflejo en el desarrollo del plano internacional.

En los sistemas democráticos la respuesta habría de buscarse en el seno de los propios procesos constitucionales internos, de conformidad con la experiencia, las expectativas y las convicciones de las diversas comunidades constitucionales. Dado el estado actual del derecho internacional, es preferible tener la facultad de limitar dentro del ordenamiento jurídico interno el efecto de aquellas normas y actos jurídicos internacionales que colisionen notoria y gravemente con principios constitucionales (p. 284).

El dualismo, uno de los “zombis” que rescata el autor, nació con la premisa de que en principio las normas internacionales y las normas nacionales regulan materias distintas, sin embargo, hay normas internacionales que regulan cuestiones internas, que a menudo también son objeto de regulación por normas nacionales. Un efecto de este tipo requiere de un acoplamiento por parte de las instituciones internas. El efecto interno de las normas internacionales suele derivarse de la doctrina del efecto directo y de la doctrina de la interpretación conforme. Por tanto, la deconstrucción de la pirámide a través del concepto de acoplamiento debe conducir a la exploración y a la construcción más elaborada de estas doctrinas. Si el acoplamiento entre las normas del derecho internacional y las normas del derecho interno que pueden efectuar las instituciones administrativas y judiciales se sustenta en gran medida en estas doctrinas, de ellas depende la intensidad de tal acoplamiento (p. 290).

Nos dice el autor de la obra que las normas y decisiones internacionales a las que se atribuye claramente efecto directo son en realidad escasas. Una excepción importante es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que atribuye efectos directos a sus pronunciamientos (p. 291). Incluso llega a vaticinar: “si tiene éxito, pasará de ser una institución internacional a una institución supranacional”. Esta excepción y otra más, en opinión del autor, confirma la regla según la cual corresponde al orden jurídico interno decidir sobre el rango y los efectos de la norma internacional dentro del territorio del Estado (p. 292). Consideraciones de legitimidad respaldan además la idea de que el derecho constitucional interno es el que normalmente ha de determinar el alcance del efecto directo y de la interpretación conforme. Por eso, la decisión de un tribunal supranacional en favor del efecto directo está legitimada si está respaldada por normas constitucionales, como el caso latinoamericano (p. 293).

Una de las consecuencias del efecto directo es la presión para armonizar los distintos esquemas normativos internos, pues con el efecto directo de las normas internacionales será mucho más fácil mantener leyes nacionales divergentes. El principio de autodeterminación, caracterizado como de subsidiariedad, se ve afectado de modo similar. Esta presión se debe a la necesidad de evitar la discriminación a la inversa, que significa que en virtud del efecto directo el agente económico extranjero goza de un trato más favorable que el nacional. Dado que esta situación es poco admisible políticamente, el efecto directo desarrolla una dinámica de armonización (p. 296).

Para el profesor de Heidelberg el tema del efecto directo no debería basarse principalmente en el criterio de precisión o determinación de la norma, ni debe ser considerado como técnico. Al menos desde la perspectiva del constitucionalismo parece preferible elaborar una respuesta basada en el equilibrio de principios constitucionales tales como la cooperación internacional, la autodeterminación, la subsidiariedad, la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Así, la deconstrucción de la pirámide debe ir acompañada de una nueva construcción de la doctrina del efecto directo (p. 305).

Con relación a la interpretación conforme, el autor de la obra comparte la visión del Tribunal Federal Constitucional Alemán en el caso Görgülü, en donde se dijo que la interpretación conforme debe basarse en el contexto interpretativo general de la Constitución interna (p. 293), sin dedicarle en sus reflexiones mayor espacio a este tema.

En la tercera de las tesis, el profesor alemán afirma que no debe deconstruirse la pirámide jurídica, porque siempre debe existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, de limitar dentro del ordenamiento interno el efecto de una norma o de un acto derivado del derecho internacional que colisione de forma grave con principios constitucionales, aludiendo a la situación que prevalece en la Organización Mundial del Comercio, p. 305).

En el tercero de los artículos en que se aborda el tema de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional público, “El constitucionalismo en el derecho internacional”, el profesor Armin von Bogdandy parte de la tesis que el constitucionalismo, como paradigma de la reconstrucción jurídica, no es convincente para el derecho internacional público en la actualidad, al no existir suficientes bases en el derecho positivo y en la realidad política (p. 424). Por ello, sostenemos

nosotros, prefiere no acudir a una nueva noción de constitucionalismo sino al derecho público. No obstante, en este artículo se refleja el pensamiento de Touschat y de Habermas, quienes sí parten de una nueva concepción del constitucionalismo.

Según Tomuschat algunas reglas del derecho internacional cumplen una función constitucional no sólo en la esfera internacional sino también en la esfera nacional. Los principios fundamentales del derecho internacional se refieren a todas las formas de poder político y deben delimitarlo en todos los casos: ésta es la esencia del argumento constitucional (p. 428). Para Tomuschat algunas partes importantes de los tratados internacionales tienen una función complementaria del derecho constitucional interno. (p. 430).

El hecho que la sociedad internacional se esté desplazando progresivamente desde un sistema centrado en la soberanía a uno orientado a los valores o a los individuos ha dejado marcas profundas en su alcance y significado (p. 430). El Estado asume su rol en una obra escrita y dirigida por la Comunidad Internacional (p. 431).

Pero para entender este paso, siguiendo la tradicional doctrina del derecho internacional, hay que indicar que mientras el derecho interno se origina en el pueblo, el derecho internacional se origina en los Estados. Sin embargo, cada vez más en el discurso internacional los Estados están siendo reemplazados por el nuevo término comunidad internacional y la noción de este término juega un rol similar al concepto de pueblo en el ámbito interno (p. 435). Pero esta comunidad es fuente de valores, no democrática (p. 436). En sus textos no se presenta como sustituto de pueblo. Para Tomuschat el derecho internacional no tiene una fuente propia de legitimidad democrática, ya que sus credenciales democráticas dependen de los procesos democráticos que tienen lugar dentro de los Estados (p. 437).

Destaca la opinión del autor de la obra en el sentido que un artículo de Habermas, cuyo título es *¿Existe aún la posibilidad de constitucionalizar el derecho público internacional?* parece colocarlo a la defensa del supuesto fundamental de Tomuschat, en el sentido que el derecho internacional juega un rol constitucional en el ejercicio de cualquier autoridad pública (p 439).

El tema fundamental es cómo diseñar un sistema multinivel de manera que cada nivel de autoridad ejerza sólo aquellos poderes que corresponden a sus recursos de legitimidad. Al igual que Tomuschat, Habermas

es muy consciente de los limitados recursos de legitimidad democrática sobre los que pueden descansar las distintas instituciones globales y al igual que Tomuschat considera que sólo puede provenir de Estados democráticos. Ni la participación de organizaciones no gubernamentales ni las instituciones parlamentarias globales parecen constituir fuentes adecuadas de legitimidad para las instituciones globales. De este modo, el verdadero poder de las instituciones internacionales deberá circunscribirse a campos en los que se requiere poca legitimidad democrática. Según Habermas, este es el caso del mantenimiento de la paz y de los requisitos fundamentales de los derechos humanos, principios que gozan de amplia legitimidad ya que sus graves incumplimientos despiertan la misma indignación moral a lo largo de todo el mundo. Esta comunidad de indignación puede ser vista como un agente de la comunidad internacional en la concepción de Tomuschat (p. 441).

Concluye el autor indicando que un orden internacional constitucionalizado no es tan utópico como podría parecer a primera vista. (p. 441). El constitucionalismo internacional es simplemente un complemento de constitucionalismo nacional y un paso adelante en un proceso de civilización. (p. 442).

El último tema argumental inmerso en la obra de von Bogdandy es el referido al “Nuevo Derecho Público Europeo”, que es el más novedoso y más complicado pues requiere de mucha construcción dogmática.

Desde el prefacio, el profesor von Bogdandy nos dice que si bien el derecho público parece más una categoría nacional que internacional, no es exclusiva de aquélla. Reconoce, en este sentido, que fue un fenómeno exclusivo del tipo de organización conocida como Estado (p. XXIV), pero lo traspola a lo internacional haciendo referencia a la “autoridad pública” de las organizaciones supranacionales e internacionales. Ve al derecho público como interno (francés) e internacional y supranacional, como ya indicamos en la segunda línea temática. Éste es el nuevo derecho público, a su entender. Y ¿qué concepto del derecho le es propio? No es la fuerza coactiva ni la jerarquía, propone conceptos más amplios que derivan de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann y la teoría del discurso de Jürgen Habermas.

Desde sus primeros trabajos (*Historia y futuro del derecho constitucional en Europa*) el profesor de Heidelberg indica que el nuevo derecho público, el derecho público europeo (*ius publicum europaeum*), es la dimensión jurídico-pública de un espacio jurídico conformado conjunta-

mente por el derecho de la Unión Europea y el de sus Estados miembros (p. 4). Se busca elaborar un derecho público adecuado al espacio jurídico europeo, expresión esta última a la que el autor ve potencialidad pues denota un todo de nuevo cuño (Unión Europea y Estados miembros) que trasciende los estados nacionales, y evita la controversia entre Confederación o Estado federal y se toman nuevos rumbos (p. 6).

El *ius publicum europaeum* define la expansión de la ciencia del derecho constitucional con el fin de categorizar la disciplina como “reina” (entronización) entre las ciencias jurídicas, ya que de la primacía de rango formal del derecho constitucional se desprende una primacía de rango material de la ciencia del derecho constitucional (p. 23). La base de esta expansión viene dada por los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional (p. 24). Todo el ordenamiento jurídico está orientado hacia preceptos constitucionales preeminentes (derechos humanos).

Para el autor, el derecho constitucional comparado ganará importancia en el espacio jurídico europeo pero no sabe si dará lugar a un derecho público común. Los órdenes constitucionales no se fusionarán para dar lugar a un sistema uniforme pero ello no impide el *Ius Publicum Europaeum*. Es más, el espacio jurídico europeo está constituido por el derecho de la Unión Europea, el CEDH y los derechos públicos nacionales, sin embargo, en la ciencia jurídica es diferente. Se está lejos de una ciencia jurídica constitucional común, de entrada con el derecho de la Unión europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos existen dos esferas jurídicas comunes de derecho público de naturaleza constitucional (p. 41). Debe existir una ciencia como tal pero respecto a su configuración el autor sólo hace indicaciones genéricas (p. 42 y 43).

Esta tercera línea argumental se desarrolla en los artículos que hasta ahora no hemos mencionado, particularmente en “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales”, “La integración europea a la luz del principio democrático de la Constitución alemana”, “Principios rectores para la creación del derecho en el espacio jurídico europeo. Como superar el nacionalismo metódico” y “Cómo cuadrar democracia, globalización y derecho internacional”. También haremos mención somera a los tres últimos artículos restantes, “El derecho público y la formación del ciudadano: la cuestión de la identidad constitucional”, “Conceptos básicos de una doctrina de la competencia del ente supranacional” y “La protección de los vulnerables: un ejemplo de gobernanza posnacional”, los que si bien forman parte del bloque de

artículos sobre temas centrales del nuevo derecho público, la aportación que en ellos se produce en la nueva concepción no es tan intensa, más bien describen aspectos que son de interés para el derecho europeo.

Si entendemos bien el contenido de la obra y del pensamiento del autor, lo que bien pudo no haber sucedido, los anteriores artículos pueden ser agrupados siguiendo un criterio, expuesto por el mismo autor, basado en el “constructivismo doctrinal” como parte de una doctrina jurídica de principios, toda vez que una idea del “conjunto”, del “todo” de las normas es indispensable (p. 134). A principios del s. XX la agenda doctrinal tenía por objetivo la estructuración del derecho a través de conceptos autónomos, siguiendo la corriente jurídico-conceptual (*begriffsjuristisch*) de la Escuela histórica de Savigny (p. 134). El positivismo clásico ya no dicta más los cánones científicos de la ciencia jurídica. Resta la finalidad de producir construcciones sistemáticas internas para el derecho vigente. Los principios constitucionales han asumido cada vez más el papel de los conceptos autónomos. (p. 135). Una doctrina de principios debe examinar las estructuras de los diversos modelos argumentativos, criticarlos y desarrollarlos (p. 139). De esta manera, con base en el constructivismo doctrinal, el análisis de lo jurídico debe hacerse de manera uniforme tomando en consideración los principios, los conceptos y la creación del derecho por los tribunales, aspectos todos ellos que están presentes en cada uno de los artículos escritos por el profesor von Bogdandy.

De esta manera, el nuevo derecho público europeo lo podemos ver en su construcción a la luz de los principios en el artículo “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos técnicos y doctrinales”, y bajo el principio democrático en “Principios rectores para la creación del derecho en el espacio jurídico europeo. Cómo superar el nacionalismo metódico”, y “Cómo cuadrar democracia, globalización y derecho internacional”.

En el primero de estos artículos, “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos técnicos y doctrinales”, el profesor Armin von Bogdandy afirma que los principios fundamentales del nuevo derecho público deben estar basados en la tradición del constitucionalismo liberal-democrático, pero al mismo tiempo deben tomar en consideración las especificidades de las nuevas formas de poder público para concretar el carácter *sui géneris* de estas nuevas organizaciones (p. 124). Es una reflexión teórica para proponer un constitucionalismo crítico e, incluso, autocrítico, buscando hacer una aportación a la teoría general de prin-

cipios constitucionales, explorando las dimensiones, fundamentos y funciones de los principios en el discurso jurídico europeo. (p. 125). Con ello el autor busca avanzar en la comprensión de principios fundamentales para dar mayor cuerpo a la lectura del derecho primario europeo como derecho constitucional (p. 126).

Para acometer lo anterior, la tarea que debe desarrollar una doctrina de principios fundamentales europeos es demostrar la utilidad de la perspectiva constitucional. La tesis es que el carácter constitucional del derecho primario se manifiesta de manera especialmente clara en los principios fundamentales (p. 130).

A partir de ahí el profesor von Bogdandy se da a la tarea de exponer el significado de los principios en el derecho de la Unión Europea, los que abarcan desde el democrático hasta los de los sistemas nacionales de seguridad social; los relativos a la relación entre la Unión y sus Estados miembros, adentrándose en el de Estado de derecho, eficacia y protección jurídica, así como los principios sobre el conjunto compuesto de la Unión y los Estados miembros; y los correspondientes a la relación entre la Unión y sus ciudadanos, en donde entran los principios de igual libertad, protección de derechos fundamentales, democrático, de estructura institucional y de transparencia, participación, deliberación y flexibilidad.

La comparación de los principios fundamentales de la Unión con los de las Constituciones estatales revela tanto continuidad como innovación. La continuidad se incrementa si los principios nacionales son alejados del postulado de unidad, si conceptos como el de pueblo, Estado y soberanía no son centrales sino más bien periféricos, si la representación no es la visualización de alguna entidad invisible sino más bien un instrumento para la agregación de intereses, si la ley no es concebida como encarnación de la *volonté générale* sino más bien como un resultado negociado, y si el derecho, en general, no se entiende como la expresión de valores comunes sino más bien como un equivalente funcional (p. 210).

En especial, el principio democrático es abordado en los artículos “Principios rectores para la creación del derecho en el espacio jurídico europeo. Cómo superar el nacionalismo metódico”, y “Cómo cuadrar democracia, globalización y derecho internacional”.

En el primero de los artículos el profesor von Bogdandy hace referencia a la forma como los tribunales nacionales deberían orientar su actividad creadora de derecho cuando los Estados han decidido formar parte de una comunidad supranacional (p. 235). Se analizan algunos aspectos

críticos de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en el caso de la ratificación del Tratado de Lisboa por parte de Alemania, en el entendido que varios Tribunales Constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea han dictado sentencias relevantes que persiguen un fin muy loable, ya que tratan de proporcionar ajustes al menoscabo de la autonomía estatal generada por la integración europea, de manera tal que el principio de la democracia, en lo posible, no sea afectado. Por tanto, debe cuestionarse el alcance de este tipo de sentencias que en ocasiones son más perjudiciales, limitándose su efecto negativo y sugiriendo correcciones de rumbo (p. 236).

Los principios de generalización y de configuración del espacio jurídico europeo constituyen el estándar metodológico de muchas sentencias creadoras de derecho. La generalización significa que el espacio jurídico europeo debería constituir un contexto de generalización determinante en la creación del derecho nacional por parte de los tribunales nacionales, cuando sus decisiones sean relevantes para toda Europa. Esto se apoya en el mandato de integración contenido en muchas constituciones. La configuración, en cambio, exige que los procedimientos de participación de los Estados miembros en la UE se conciban principalmente desde la perspectiva de la configuración del espacio jurídico europeo (p. 238).

La resolución de Lisboa no conduce a un desarrollo prometedor del principio de democracia en el espacio jurídico europeo (p. 237). En esta sentencia se escribe “Pueblo Alemán”, por lo que la autodeterminación democrática y la soberanía del Estado de Alemania se presentan como una unidad. El fallo termina siendo mucho más centralista que la sentencia en el caso del Tratado de Maastricht del mismo Tribunal Constitucional Federal Alemán (p. 240).

Para salvaguardar el principio de la democracia el Tribunal Federal apuesta por los parlamentos nacionales, el europeo es un evento paralelo de poca importancia, cargándose así 30 años de desarrollos institucionales. También para proteger dicho principio el mismo tribunal crea la noción de una “responsabilidad en el proceso de integración” de los órganos alemanes, concepto bajo el cual fija condiciones jurídico constitucionales muy estrictas para una ulterior integración europea (p. 241). La audacia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en esa creación del derecho se manifiesta con mayor claridad al considerar que de ella se puede derivar, incluso, la obligación de retirarse de la Unión Europea, mientras que la Ley Fundamental sólo contempla un deber de participación (p. 242).

Si se observa la sentencia en el contexto del espacio jurídico europeo, se aprecia que la República Federal Alemana amenaza con convertirse en un caso excepcional entre los Estados miembros de la Unión Europea, al igual que Irlanda, Polonia o el Reino Unido. Pero entonces cabría considerar la capacidad de generalización de este estatuto especial para todos los Estados miembros. Más bien, cada país y cada institución de los Estados miembros debería asumir su responsabilidad por el desarrollo de la Unión Europea y no aferrarse a posiciones que no son susceptibles de generalización (p. 247).

El profesor alemán nos muestra cómo el Tribunal Federal ha advertido sobre la necesidad de un mayor compromiso en el ejercicio de la “responsabilidad en el proceso de integración” por parte del Bundestag, incluso en ciertos actos de la Unión Europea. Estos requisitos de ratificación en virtud del derecho constitucional nacional no se recomiendan como regla general para la totalidad de la UE, ya que dificultarían extremadamente el proceso legislativo (p. 248). Tampoco es convincente que la ley alemana de cooperación del Gobierno federal y el Bundestag en Asuntos de la Unión Europea, establezca que el gobierno ya no debe basar sus negociaciones en Bruselas únicamente en los dictámenes formales del Bundestag, sino que además sólo puede desviarse de éstos por “importantes razones de política exterior y de integración” (p. 248). Ello vincula en gran medida al gobierno a la voluntad del Parlamento.

En el artículo “Cómo cuadrar democracia, globalización y derecho internacional”, el autor del libro pretende dar una solución al problema del principio democrático sino ofrecer una evaluación del mismo mediante el método de la clarificación conceptual, cuya fecundidad ha sido demostrada por Bobbio (p. 251).

En Europa existe una controversia fundamental acerca de la forma de entender la globalización, especialmente cuando se aborda su impacto sobre la democracia. Los instrumentos tradicionales para el tratamiento de problemas que trascienden la dimensión nacional, como el impacto de la globalización en la democracia, se encuentran en el derecho internacional (p. 252).

El profesor Armin von Bogdandy considera que la Globalización constituye una profunda transformación del Estado-Nación, afectando el principio democrático pues esta noción ha constituido la clave para permitirlo. La globalización conduce a la fusión de las economías nacionales en una economía mundial única desbordando fronteras (p. 255). El

reforzamiento de los vínculos transnacionales y de las fusiones parciales ha llevado a una “desnacionalización” que se manifiesta en fenómenos variopintos. El derecho nacional resulta desnacionalizado (p. 257). En este sentido, la democracia tiene como elementos necesarios la legitimación del poder por elecciones populares, el ejercicio del poder conforme con el Estado de derecho y la limitación del poder mediante su cambio (p. 258).

El reto de la globalización para la democracia se está convirtiendo en el mayor desafío de la teoría de la democracia (p. 282). No cabe esperar que surja un consenso acerca de una teoría democrática adecuada para el sector transnacional. Sin embargo, entendidas ambas tesis, el genio pragmático de la doctrina podría hallar acuerdos institucionales que se compadecieran con la mayor parte de las tesis. Por ejemplo, dos conceptos centrales alemanes, el Estado (*Staat*) y la ley (*Gesetz*) tienden un puente entre concepciones radicalmente diferentes de la legitimidad. La doctrina iuspublicista, mediante la interpretación dogmática, ha contribuido a sentar las bases de un sistema de derecho público ampliamente aceptado, acaso demostrando la superioridad de la doctrina “dogmática” o “formal” sobre la teoría política y jurídica, a la hora de resolver los problemas concretos (p. 282).

Como otra muestra más del constructivismo doctrinal en donde se analiza lo jurídico tomando en consideración la creación del derecho por los tribunales, tenemos el artículo “La integración europea a la luz del principio democrático de la Constitución alemana”, donde el profesor von Bogdandy utiliza el método de la crítica de la jurisprudencia, analizando la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre constitucionalidad del Tratado de Maastricht, preguntándose cómo ha de entenderse el principio democrático establecido en la Ley Fundamental alemana de cara a la apertura supranacional del Estado y cuáles son las consecuencias que se derivan de ello.

La sentencia aísla el punto más problemático, el principio democrático, argumentándose en el fallo un derecho de defensa contra intromisiones en el núcleo inviolable del principio estructural democrático del Estado y así abre al Tribunal Constitucional Federal Alemán una competencia de control, aunque sólo una decisión sobre el fondo habría correspondido con el papel jurídico, político y social establecido del Tribunal en Alemania (p. 220). Construye el núcleo inviolable a partir de una paráfrasis del artículo 20.2.1 LF que sustituye “pueblo” por “pueblo del Estado”.

Se exige un contenido suficientemente efectivo de legitimidad democrática. El artículo 20, apartado 2 de la Ley Fundamental, no exige una configuración de la estructura institucional de la Unión Europea a imagen del modelo del derecho de organización alemán ni impone la regla de la unanimidad como garantía de la soberanía en una unión supraestatal (p. 221). Se exige la garantía de legitimación popular alemana por medio de su influencia sobre el proceso político de la unión supraestatal; a la ley de autorización no le está permitido transmitir la competencia sobre el desarrollo competencial (competencia de las competencias) y el Consejo ha de seguir siendo un órgano central de decisión en el ámbito supranacional. Se critica que se eligió un punto de partida erróneo, el pueblo, a lo que se suma Armin von Bogdandy pero para él hay una duplicidad: puede leerse como el conjunto de sujetos titulares del derecho de sufragio y el modo escogido es parcial pues no se excluyen otros mecanismos de legitimación democrática (p. 222).

La calificación de la asociación creada por los Tratados como conjunto de Estados que conservan su soberanía minimiza la dimensión de colectividad de la Unión y niega en gran medida el nivel supranacional como espacio político propio. (p. 223). Para von Bogdandy la concepción “unión jurídica de una comunidad inter-estatal” es más apropiada para la Unión ya que expresa mejor su carácter de poder público propio (p. 225).

No es discutible que las Constituciones de los Estados miembros se hayan convertido en ordenamientos fragmentarios a raíz de la europeización. Ya no regulan el ejercicio de la totalidad del poder público frente al ciudadano, sino sólo una parte de él, aquélla que no está determinada por el derecho de la Unión (p. 233). En Alemania, como en el resto de los Estados miembros, rigen dos órdenes de derecho constitucional, según el contexto normativo de la norma decisiva del caso serán aplicables bien las disposiciones constitucionales estatales bien las disposiciones de base de la Unión (p. 234).

La relación entre Constituciones nacionales y Constitución europea no es estable. Una estabilización probablemente necesita una forma conceptual que explique convincentemente la totalidad del conjunto de las Constituciones de los Estados miembros y de la Unión. Queda la alternativa de un sistema de Constituciones sectoriales interconectadas.

Por último, queremos dar cuenta de tres artículos que si bien integran la obra por tener alguna relación con el contenido, no se advierte en ellos especiales reflexiones conceptuales para la conformación del nuevo derecho público. En el artículo denominado “El derecho público y la formación del ciudadano: la cuestión de la identidad constitucional”, el profesor von Bogdandy afirma que el derecho público, particularmente el derecho constitucional, puede además de fundamentar, regular y limitar el poder soberano, contribuir a la integración social perfilando la identidad de los ciudadanos (p. 309).

Identidad es un término problemático, semejante a legitimidad (p. 314) y consiste en un proceso síquico que expresa una pertenencia, un credo (p. 315). Se utiliza la identidad social y ésta está basada en la Constitución cuando como tal o al menos algunos de sus institutos jurídico-constitucionales juegan un papel importante en la formación de esas manifestaciones o en los cambios que las afectan (p. 316). La identidad de un individuo se desarrolla de manera decisiva mediante sus roles en la sociedad. Como los roles se estabilizan y a veces incluso se graban a través del derecho, existe un camino importante, si bien indirecto, para la construcción de la identidad a través de la Constitución (p. 317).

Señala el profesor von Bogdandy que la identidad europea se puede construir en el Tratado Constitucional Europeo pero reconoce que la identidad europea se encuentra en tensión con las identidades nacionales (p. 330).

En el artículo que lleva el título “Conceptos básicos de una doctrina de la competencia del ente supranacional” se indica que el derecho público concierne a las instituciones que están dotadas de poder público y el término jurídico para ese poder público es precisamente la competencia, por lo que las teorías sobre las competencias constituyen un elemento central de toda teoría del derecho público. Las competencias adquieren aún mayor relevancia cuando el poder político está distribuido en distintos niveles y ello constituye un hito de la constelación posnacional que ha de regir el nuevo derecho público (p. 363).

La Unión Europea es un poder público porque dispone de competencias (p. 364) pero como trasfondo está la idea que el orden competencial de la UE refleja un automatismo que priva de competencias al ámbito de los Estados miembros y con ello pone en cuestión su cualidad de Estado (p. 364). El debate se ha centrado en las reglas de ejercicio de las com-

petencias, en especial el principio de subsidiariedad y las cuestiones del orden competencial horizontal. (p. 365).

En el texto se analiza el principio de legalidad constitucional en la actuación de la Unión, tanto en su vertiente positiva como en la negativa, negándose las competencias implícitas o, en opinión del autor, sólo pueden ser reglas de interpretación de una competencia expresa (p. 372). También destaca que la frontera entre normas que fundamentan una competencia y normas que en tanto criterios delimitan su ejercicio, discurre a lo largo de la distinción entre legalidad positiva y legalidad negativa (p. 373).

No se deben incluir bajo el concepto de competencia todos los presupuestos para la legalidad de la actuación del poder público, sino sólo los que tienen por objeto la abstracta atribución de ese poder. Son normas los títulos abstractos que atribuyen a un poder jurídico cuyo ejercicio está sujeto a presupuestos formales y materiales referidos específicamente a esa potestad y que se halla limitado por un conjunto de normas-criterio (p. 373).

El tema central de actual debate es el de la razonable atribución de competencias a la Unión como ente titular de un poder público propio. Sin embargo, las competencias de la Unión no se pueden contemplar separadas de las de los Estados miembros (p. 376), por no haber puesto la Unión el modelo americano de la separación sino el alemán de la interdependencia. En este artículo encontramos un aporte importante en la clasificación de las competencias (p. 380).

Concluye el autor que a partir del Tratado de Maastricht, el artículo 5o. del Tratado de la Unión Europea tiene encomendada la función de estabilizar el ejercicio de las competencias desde una perspectiva vertical, el mismo se ha visto concretado sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad (p. 397). Existen propuestas que buscan una nueva configuración de la competencia del ente, al igual que hay propuestas que debido a una desconfianza en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quieren depositar en otras manos el control judicial de la observancia de los límites competenciales y otros quieren una nueva conformación de los textos por el déficit de transparencia (p. 398).

En el artículo que lleva por título “La protección de los vulnerables: un ejemplo de gobernanza posnacional”, el profesor von Bogdandy subraya que una estrategia de legitimación del derecho supranacional e interna-

cional consiste en la protección de aquellas personas que por razones estructurales fácilmente son objeto de discriminación bajo el derecho interno, como extranjeros y minorías (p. 335). No obstante, falta una política amplia de la Unión orientada a la protección de las personas que pertenecen a minorías a través de medidas legislativas, aunque reconoce que tal política sí existe sólo que bajo la forma de gobernanza (p. 338).

El trabajo conecta instituciones estatales, supraestatales, actores no estatales, procedimientos e instrumentos para lograr la protección de las minorías, campo en el que la Unión, aun sin legislación, ejerce una presión considerable sobre los Estados miembros (p. 339).

Hasta aquí la exposición del pensamiento del profesor Armin von Bogdandy en esta obra que une doce de sus artículos escritos a lo largo de diez años de investigación permanente.

Después de haber leído el libro, reconozco que en la lectura me he tenido que parar por completo para reflexionar y coincidir o discrepar. En ciertos apartados no se puede avanzar porque una idea te provoca una reflexión y enseguida viene otra idea con otra reflexión. También he tenido que anotar, contrastar y repensar. Todo esto es la consecuencia de una obra cuando tiene ideas y conceptos, de lo que está impregnado el presente libro y que agradecemos enormemente.



Edgar CORZO SOSA*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

El autor agradece los comentarios vertidos amablemente por Mariela Morales Antoniazzi y Alejandro Wong Meraz. La reseña fue terminada de elaborar durante la estancia como investigador visitante en el Instituto Max Planck de Derecho Comparado y de Derecho Internacional Público, en Heidelberg, durante el mes de junio de 2013.