

## **Derecho, soberanía y Pluralismo constitucional en el contexto de la globalización. Un análisis de sus tensiones y complejidades**

## **Law, Sovereignty and Legal Pluralism in the context of globalization. An analysis of its tensions and complexities**

Asier Martínez de Bringas  
Departamento de Derechos Constitucional  
Universitat de Deusto

Fecha de recepción 20/06/2017 | De aceptación: 01/12/2017 | De publicación: 27/12/2017

### RESUMEN.

El texto realiza un análisis de las tendencias del Derecho en la globalización como consecuencia de las transformaciones operadas en las maneras de entender el sentido y la naturaleza de la soberanía, poniendo énfasis en la dimensión paradójica que presenta el derecho en la UE en relación-tensión con el derecho constitucional de los Estados. Las relaciones jurídicas se han hecho mucho más complejas como consecuencia de la irrupción del inevitable pluralismo en la manera de entender el derecho. Es lo que vamos a denominar como Pluralismo Constitucional, que en sus propias maneras de producción, distribución y aplicación opera según la lógica de la red, haciendo más complejo e interdisciplinar la interpretación de cualquier práctica jurídica.

### PALABRAS CLAVE.

Pluralismo Constitucional, soberanía, derecho, red

### ABSTRACT.

In this paper we will proceed with an analysis of trends in the globalization of law as a result of the transformations in the ways of understanding the meaning and nature of sovereignty, emphasizing the paradoxical dimension has the right in the EU in tension with the constitutional right of states. The legal relationships have become much more complex as a result of the inevitable emergence pluralism in the way of understanding the law. It is what we call as Constitutional Pluralism, which in its own ways of production, distribution and application operates as a network, making it more complex and interdisciplinary the interpretation of any legal practice. Some of the changes and transformations that occur as a result of this new paradigm of Legal Pluralism will be some of the scope of this writing.

### KEY WORDS.

Constitutional Pluralism, sovereignty, law, network.

**Sumario: 1. Elementos para una comprensión compleja del Derecho: la lógica del Pluralismo Constitucional. 2. Cambios y transformaciones del Derecho en la globalización. 3. Soberanía y constitucionalismo: una relación compleja y diversa. 4. Hacia un Derecho postnacional en el marco de la UE. Un análisis de la naturaleza de sus transformaciones. 5. Conclusiones.**

La pregunta de fondo que nos interroga en este trabajo es cómo está afectando los cambios globales al derecho en sus formas de producción, gestión y conflicto; así como qué implican y cómo son asumidas, en este contexto, las demandas de pluralismo jurídico y constitucional en el marco de los Estados, y cómo se canalizan las respuestas desde el punto de vista de la soberanía y el poder. Estas y otras cuestiones afectan estructuralmente a la reconstitución de una consideración compleja del derecho –un derecho en red-, dotado de una estructura y naturaleza compleja que está obligado a entenderse con múltiples jurisdicciones y posibilidades de creación normativa, así como con múltiples conflictos emergentes. Nos movemos en un tiempo en el que la cartografía clásica del espacio político y jurídico del Estado-

nación ya no se sostiene. Debemos ubicarnos, por tanto, en un paradigma transterritorial y postwesfaliano en la manera de entender los problemas jurídicos que puede transformar el sentido de las constituciones en Europa<sup>1</sup>.

Procederemos a realizar un análisis de la complejidad del derecho en la globalización, como consecuencia de las transformaciones operadas en las maneras de entender el sentido y la naturaleza de la soberanía política, llamando la atención sobre la dimensión paradójica que presenta el derecho en la UE en relación-tensión con el derecho constitucional de los Estados, en cuanto expresiones, todas ellas, del creciente pluralismo jurídico existente. Habitamos ya en un

---

<sup>1</sup> Nancy FRASER, en el ámbito de las escalas de la justicia, pero que tendría aplicación, colateralmente, para las cuestiones jurídicas y para el Derecho, que son el objeto de este ensayo, se pregunta: “¿Cómo debemos enmarcar las cuestiones de justicia distributiva cuando la idea de una economía nacional es cada vez menos nacional? ¿Cómo, además, debemos enmarcar las cuestiones de reconocimiento, cuando los flujos culturales y políticos traspasan regularmente las fronteras nacionales, fracturando viejas jerarquías de estatus y creando otras nuevas? ¿Cómo, por último, debemos enmarcar cuestiones de representación, cuando las decisiones relevantes se toman cada vez más fuera de los límites de gobiernos radicados en el territorio? ¿Cómo, en suma, delimitaremos el quién de la justicia en un mundo poswestfaliano?” (...) “¿*existe una economía global con suficiente influencia sobre las relativas oportunidades vitales de los individuos que puedan valer como una “estructura básica” global? ¿O están las oportunidades vitales relativas de los distintos pueblos determinadas exclusiva o primariamente por las estructuras constitucionales de sus respectivas sociedades nacionales?* (...) ¿están las oportunidades vitales codeterminadas por estructuras nacionales e internacionales a la vez? N. FRASER, *Escalas de la justicia*, Barcelona, Herder, 2008, pp. 66 y 75. Estos cambios en la naturaleza del paradigma westfaliano son el fondo estructural en el que vamos a basar todo nuestro análisis normativo. Cf. F. PERREZ, *Cooperative Sovereignty. From Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law*, London, Kluwer Law, 2000, cap. I; A. OSIANDER, “Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth”, 55, *International Organisation*, 2001, pp. 262-268.

contexto de Pluralismo Constitucional, un pluralismo en red<sup>2</sup>, que reta las maneras de entender el derecho y la soberanía por parte de los Estados-nación.

## I. Elementos para una comprensión compleja del Derecho: la lógica del Pluralismo Constitucional

Partir de una consideración compleja del derecho, en pleno siglo XXI, es establecer una relación de complementariedad de éste con el Pluralismo Jurídico (PJ)<sup>3</sup>. Una consideración del derecho entendido desde la unicidad jurídica de fuentes y jurisdicciones, como disciplina que arredra de su interioridad la pluralidad, ya no es posible. La complejidad del Derecho se atisba en la decadencia de algunas formas tradicionales de comprensión de su naturaleza y formas de expresión. El Derecho ya no puede ser considerado como una producción monopólica

del Estado. Irrumpen en escena múltiples sistemas normativos, que mantienen un juego de autonomía y complementariedad con el Estado, pero arraigados a un sentido de legitimidad y validez no fundado en el sistema normativo estatal<sup>4</sup>. Se ha producido un tránsito del Sistema normativo estatal a un paradigma de pluralismo jurídico, contexto en el que periclita el Estado como única fuente de producción normativa y de soberanía<sup>5</sup>. Incluso en un contexto subestatal se hacen más plurales las maneras de producción jurídica, compitiendo, en este sentido, con el derecho estatal. La esfera pública del Estado se complementa con otras esferas de producción normativa que compiten con ella y la redimensionan: nos referimos a la esfera de la sociedad civil-política. Por tanto, hablamos de repolitización de otros ámbitos de ubicación y sedimentación del derecho más allá del mero paradigma estatal. El derecho estatal ha dejado de ser el instrumento privilegiado de transformación social políticamente legitimada, irrumpiendo

<sup>2</sup> Entendemos la coordinación en Red en el marco de una lógica policéntrica de producción normativa. Se trataría de un “orden policéntrico” en el que las notas y elementos que lo componen realizan ajustes recíprocos, canalizando sus relaciones en el marco de un sistema general de reglas en el que cada elemento actúa con independencia y autonomía de los demás. E. OSTROM, “Polycentric Approach for Coping with Climate Change”, *Background Paper to the 2010 World Development Report*, Washington, DC, World Bank, Policy Research Working Paper 5095, 2010.

<sup>3</sup> A. MARTÍNEZ DE BRINGAS, “Los sistemas normativos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. Un análisis desde los derechos indígenas”, *Revista de Derecho Político*, nº 86, 2013, pp. 411-444.

<sup>4</sup> D. TRUBEK and L. TRUBEK, “Symposium Afterword: The World Turned Upside Down: Reflections on New Governance and the Transformation of Law”, *Wisconsin Law Review*, 2010/2, pp. 719-727; M. GARCÍA CALVO, “Transformaciones jurídicas y teoría del derecho” *AFD*, 2012 (XXVIII), pp. 33-53.

<sup>5</sup> W. TWINING, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press, 2009; R. BELLAMY, “Sovereignty, Postsovereignty and Presovereignty. Three models of State, Democracy and Rights within de European Union” en WALKER, N. (ed.) *Sovereignty in Transition*, Oxford, OUP, 2004, pp. 171-195; N. MACCORMICK, “Sovereignty, Democracy and Subsidiarity” en BELLAMY R., BUFACCHI V., CASTIGLIONE D. (eds.); *Democracy and Constitutional Culture in the Union Europe*, London, Lothian Foundation Press, 1995, pp. 95-100; B. FASSBENDER, “Sovereignty and Constitutionalism in International Law” en WALKER, N. (ed.); *Sovereignty in Transition*, Oxford, OUP, 2004, pp. 115-143.

nuevas maneras de expresión de legitimidad y legalidad, otras prácticas de ejercicio de los derechos, prácticas normativas a-legales que producen efectos jurídicos, o usos no oficiales del derecho, entre otras prácticas<sup>6</sup>.

Por ello, la complejidad en la manera de comprender el derecho como ciencia tiene que ser enriquecido, necesariamente, con una valoración de los cambios o transformaciones de la soberanía que se vienen produciendo. Muchos son los factores que influyen en esta mutación de la concepción soberana del derecho. Entre ellas estarían: la monopolística concentración de poder económico y de la organización de la producción a nivel mundial en núcleos especialmente concentrados; las pérdidas de centralidad y unidad en los procesos de regulación socio-jurídica, multiplicándose los núcleos de producción jurídica y haciéndose más complejos y transversales los conflictos de fuentes del derecho como consecuencia de esta interconexión<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> B. JESSOP, "The future of the States and the Statehood", en *The State. Past, Presente, Future*, Cambridge, Polity Press, 2016, pp. 238 y ss.; M. CHIBA, "Three Dichotomies of Law in Pluralism: An Analytical Scheme of Legal Culture", *Tokai Law Review*, 1987, pp. 173-179.

<sup>7</sup> L. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2012; A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, 2009; M. POIARES MADURO, "Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism" en DUNOFF, J. and TRACHTMAN P. (eds.) *Ruling The World?*

Las consecuencias de todo ello, desde el punto de vista de la naturaleza de la soberanía, son: una mayor porosidad en las fronteras -lo que implica una consideración de Estados abiertos desde el punto de vista del libre flujo de capitales y mercancías, no de personas, como bien puede apreciarse a través de un análisis de los procesos migratorios-; una fuerte tendencia a la privatización y transnacionalización de la producción jurídica<sup>8</sup>; la irrupción de nuevas formas de producción normativa, lo que está implicado una creciente descentralización en la toma de decisiones jurídicas; una mayor informalidad en los modos de producción jurídica y en la comprensión de las fuentes del derecho, implicando, con ello, nuevas posibilidades y conflictos en el ámbito de las jurisdicciones y los espacios jurídicos<sup>9</sup>. Todo ello se produce junto con una crisis en la arquitectura de los sistemas jurídicos tradicionales, entendidos, hasta ahora, exclusivamente, como sistemas piramidales, herederos de una manera kelseniana de entender e interpretar el derecho<sup>10</sup>.

---

*Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 356-407.

<sup>8</sup> J. A. ESTEVEZ ARAUJO, "La privatización de la regulación", *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n° 135, 2016, pp. 63-80.

<sup>9</sup> L. GORDILLO y G. MARTINICO, *Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Pamplona, Aranzadi, 2015, pp. 73-142.

<sup>10</sup> J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *El revés del Derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Bogotá, Universidades Externado de Colombia, 2006; B. SOUSA SANTOS, *Sociología Jurídica Crítica*, Madrid, Trota, 2009; M.

En este análisis, nos alejamos de consideraciones simplistas propias del monismo jurídico estatal, que reconduce todo el conflicto a una manera rígida y estrecha de entender la confrontación jurídica entre fuentes del derecho diversas. Para considerar y entender la complejidad es importante considerar la lógica interpretativa que ofrece el Pluralismo Jurídico<sup>11</sup>.

Esta complejidad se cronifica si se tiene en cuenta la progresiva tendencia a la internacionalización del Estado, como consecuencia de la participación de éste en formas más sofisticadas y garantistas

---

LOUGHLIN, *Sword and Scales: An Examination of the relationship Between Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

<sup>11</sup> Cuando hablamos de *Pluralismo Jurídico* –y por extensión analógica, de *Pluralismo Constitucional*– no queremos aludir a una pluralidad de sistemas normativos en cuanto entidades separadas y coexistentes en un mismo espacio político, sino que se trata de la consideración de espacios legales superpuestos, interpenetrados y mezclados, como es el cotidiano proceder de nuestras acciones legales. Este sería el sentido de *Constitucionalismo Red* que más tarde defenderemos. El *Pluralismo Jurídico* se hace cargo del hecho de que la vida de la gente está constituida por intersecciones entre diversos sistemas normativos, es decir, en palabras de SOUSA SANTOS, por interlegalidades. SANTOS insiste que estos “mundos normativos policéntricos” representan y transforman la realidad mediante un conjunto de convenciones. De esta manera, provee las claves metodológicas y las proposiciones teóricas para explicar cómo las distintas normatividades están construidas, adquieren obligatoriedad y son experimentadas dentro y más allá del ámbito intraestatal en el que las normatividades están en conflicto. SANTOS habla, en este sentido, de “seis conjuntos estructurales de relaciones sociales en las sociedades capitalistas que integran el sistema mundial”: *derecho interno* (normas y litigios resultantes de relaciones sociales en el ámbito doméstico), *derecho de la producción* (resultante de las relaciones laborales), *derecho de los intercambios* (resultante de las relaciones comerciales), *derecho comunitario* (resultante de las identidades de los distintos grupos), derecho estatal y derecho sistemático (“la forma legal del conjunto de sistemas mundiales”), estos conjuntos definidos de una manera general, se superponen los unos a los otros potencialmente de manera parcial. B. SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995, pp. 429 y ss.

de protección de los derechos humanos –como la participación en jurisdicciones internacionales y regionales de protección de los derechos<sup>12</sup>–; o como consecuencia de unas relaciones comerciales que hace mucho tiempo han desbordado las estrechas fronteras del Estado<sup>13</sup>; o de unos flujos migratorios irreversibles y sistemáticos.

Pero también se producen cambios en los *órdenes y niveles de funcionamiento de cada sistema normativo*, como el estatal. La actividad normativa, acostumbrada a funcionar desde el par conceptual legal-ilegal<sup>14</sup>, encuentra nuevas formas de expresión normativa en formas como lo no-legal y la a-legalidad. La lógica del contrato privado y la *Lex Mercatoria* están detrás de estos procesos en cuanto expresiones de desregulación normativa. La existencia de un sistema multi-

---

<sup>12</sup> L. GORDILLO y G. MARTINICO, *Historia del país de las Hadas...*, *cit.*

<sup>13</sup> L. GORDILLO, “El TJUE y el Derecho internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, 2017, pp. 330-354.

<sup>14</sup> TEUBNER define el *Pluralismo Jurídico* “como una multiplicidad de diversos procesos comunicativos que observan la acción social a través del código binario de lo legal / lo ilegal”. Este código binario de lo legal / lo ilegal se constituye como el factor de discriminación que permite la exclusión de “cálculos puramente económicos” o “absolutas presiones de poder y meras normas convencionales o de moralidad, patrones de transacciones o rutinas organizativas”. Dicho código binario no es característico del derecho estatal, sino que “en su lugar crea imágenes de una heterarquía de distintos discursos jurídicos”. Éste cumple varias funciones, entre las que encontramos las de “control social, regulación de los conflictos, reafirmación de expectativas, regulación social, coordinación de comportamientos o de disciplina de cuerpos y almas”. Vid. G. TEUBNER, “The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, *Cardozo Law Review*, 1992, p.1443.

nivel de escalas normativas que funcionan en red, con sus lógicas propias y sus sistemas de fuentes de derecho autónomas, obliga al establecimiento de mecanismos de coordinación, complementación y resolución de conflictos entre esta multiplicidad de escalas: local, mancomunal, nacional, regional, internacional<sup>15</sup>. A esta lógica superpuesta de escalas normativas habría que añadir el eje Norte-Sur, que abriría otros ámbitos de relaciones y complejidades.

Los cambios en los procesos de *globalización económica* también afectan de manera estructural al derecho. La creación de un espacio homogéneo de armonización en el marco de la UE, con pretensiones no sólo económicas, sino políticas y jurídicas, produce enormes alteraciones normativas<sup>16</sup>. En este sentido, las privatizaciones implican procesos irreversibles de contractualización, con enormes repercusiones para el derecho, como ha sido, por ejemplo, la adquisición de empresas públicas por parte de empresas trasnacionales; o la privatización de las telecomunicaciones, la sanidad, los servicios educativos, el transporte aéreo y terrestre, los servicios sociales, o la gestión de estos servicios. De esta manera, el derecho procede a través de

alianzas jurídicas más laxas que facilitan y flexibilizan los procesos de concentración de capital, lo que implica la puesta en escena de nuevas expresiones para el derecho. Podríamos hablar de la constitucionalización del derecho privado, la *demarquía*<sup>17</sup>, en la medida en que el derecho privado elude el escrutinio público y la elección política para poder imponerse. Una suerte de constitucionalización del principio de competitividad.

Los procesos de mundialización de la producción también se han traducido en una dinámica de *transnacionalización irreversible*, con enormes implicaciones para el derecho. Las empresas trasnacionales son las grandes interesadas en la apertura de las fronteras para poder producir globalmente, regulados por un derecho a la medida de estas posibilidades. El actual proceso de concentración y fusión empresarial –la nueva reorganización de la arquitectura bancaria global, por vía de fusiones, es un ejemplo claro de ello– implica la existencia de estructuras empresariales que compiten con los Estados. Gran parte del comercio internacional es un comercio *intra-firmas*<sup>18</sup>. La propia aparición del concepto de empresa-red está suponiendo la creación de una

---

<sup>15</sup> I. PERNICE, “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”, *The Columbia Journal of European Law*, v. 15, n.º. 3, 2009, pp. 350-405.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

---

<sup>17</sup> Ch. LAVAL y P. DARDOT, *La pesadilla que no acaba nunca. El neoliberalismo contra la democracia*, Barcelona, Gedisa, 2016, p. 44.

<sup>18</sup> J. HERNÁNDEZ y P. RAMIRO, “Lex Mercatoria vs. Derechos humanos. Las empresas trasnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad”, *Gaceta Sindical*, n.º 26, 2016, pp. 223-240.

manera de producción normativa autónoma, externalizada, flexible y rápida.

Lo mismo puede afirmarse en relación a la globalización de los mercados financieros, contexto en el que las *prácticas normativas* tienen que hacerse cargo de que el dinero sea absorbido para ser orientado hacia la circulación constante del “capital ficticio”, lo que sirve para sostener las ingentes fortunas realizadas en el sistema financiero<sup>19</sup>. El fundamento normativo de todo ello reposa en la *falsa* idea de que el capital puede valorizarse automáticamente a sí mismo y le corresponde al derecho, en un paradigma de Pluralismo Constitucional, dar solución a todo esto.

También las transformaciones que afectan a las *relaciones laborales* han implicado transformaciones en el concepto de soberanía en un sentido lato, traducándose en fuertes alteraciones en las relaciones Estado-Sociedad, con las concomitantes consecuencias y adaptaciones para el derecho. La crisis global que nos afecta ha supuesto un golpe certero en la sostenibilidad de los Estados de bienestar: hay un tránsito de sociedades de pleno empleo a

---

<sup>19</sup> P. MERCADO, “Experimentalismo democrático nuevas formas de regulación y legitimación del Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 46, 2012, pp. 37-68; J. J. ZEITLIN, *Experimentalist Governance in European Union*, Oxford University Press, 2014; J. STIGLITZ *The Stiglitz Report: Reforming the International Monetary and Financial Systems in the Wake of the Global Crisis*, The New Press, 2010, pp. 102 y ss.

condiciones de paro estructural<sup>20</sup>. Hay enormes implicaciones para el derecho en este proceso como son: la descomposición global del papel estratégico de los sindicatos, del derecho laboral, de los derechos sociales y de las políticas keynesianas que habían funcionado, hasta ahora, como conquistas consolidadas; la combinación de manera simultánea de un sistema que produce productividad y desempleo; una fuerte coyuntura de rigidez laboral, de privatización y flexibilización, como se deriva de la última reforma laboral en el Estado español<sup>21</sup>.

Como puede intuirse ello está suponiendo y supondrá grandes alteraciones del contenido material del *derecho laboral clásico*, que no sólo se desancla de su paraje natural de soberanía –la del Estado–, sino que está resultando totalmente mediatizado por los procesos de transnacionalización y globalización económica que se están produciendo. Flexibilización, desregulación y deslaboralización son las premisas para un nuevo derecho laboral<sup>22</sup>. El fin

---

<sup>20</sup> Z. BAUMAN, *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 45 y ss.

<sup>21</sup> J. L. MONEREO, “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de los servicios públicos”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 135, 2016, pp. 251-307; A. GUAMAN, “Crisis económica y crisis del derecho del trabajo ¿hacia un antiguo modelo de relaciones de trabajo?”, *Revista de Derecho Social*, nº 59, 2012, pp. 233-252.

<sup>22</sup> J. L. MONEREO PÉREZ, “Transformaciones del trabajo y futuro del derecho de trabajo en la “era de la flexibilidad”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº5, 2016, pp. 444-493;

de la era de pleno empleo es una premisa necesaria para restablecer el poder empresarial dentro de la estructura productiva, con la concomitante apertura a la era de la precariedad y la descomposición normativa del Estado social<sup>23</sup>.

Incluso en el ámbito de las políticas de igualdad entre mujeres y hombres, la existencia de una esfera pública, dominada y controlada por varones, y una esfera privada reservada para las mujeres, pierde potencia explicativa para el derecho, al haber quedado difuminada jurídicamente la frontera entre lo público y lo privado. Hoy se puede hablar de una relación transfronteriza entre estas dos esferas claramente delimitadas hasta el día de hoy por el derecho. En este sentido, no es público cualquier trabajo que se realice fuera de lo doméstico. No importa tanto la arbitraria distinción entre público y privado, puesto que en este sentido, una empresa transnacional es tan privada como la familia. Lo que importa es que un trabajo sea remunerado y el otro no: lo importante es la separación entre lo productivo y lo reproductivo. El error del liberalismo jurídico ha sido regular ambas esferas bajo principios autónomos y separados. Lo

---

“Transformaciones del derecho del trabajo: una rama en crisis de identidad?”, *Revista Derecho del trabajo*, n° 11, 2016, pp. 53-96

<sup>23</sup> I. Zubero, “Construcción y deconstrucción de la existencia precaria: de la (a)seguridad social al aseguramiento colectivo, pasando por la desmercantilización”, *Iglesia Viva*, julio-septiembre, n° 263, 2015, pp. 27-42

importante para el derecho es por tanto la incorporación de la mujer a la vida productiva – sea pública o privada-, evitando el confinamiento de la misma en la esfera reproductiva. Un tema diferente para un derecho de la igualdad es cómo se aborda la subordinación de las mujeres en la esfera productiva.

## II. Cambios y Transformaciones del Derecho en la globalización

Resultan importantes, para el propósito de este capítulo, hablar de algunos factores que están produciendo importantes cambios y transformaciones en la naturaleza del derecho. Nos vamos a referir principalmente a dos: i) la procedimentalización del derecho y ii) la fractura en una consideración piramidalizada del mismo. Estas transformaciones, tanto en un nivel micro como macro-jurídico, resultan de especial relevancia para entender los cambios normativos fruto de un Pluralismo Constitucional emergente, cuya concreción más clara es la producción normativa que se está produciendo en el ámbito de la UE, y como su corolario lógico, en la producción normativa de los Estados como consecuencia del proceso de integración en la UE.

### i) La procedimentalización del Derecho

Por procedimentalización vamos a entender la descentralización en la toma de decisiones jurídicas, con lo que el Estado, como *único centro* de producción normativa hasta ahora, se diluye<sup>24</sup>. Ello es consecuencia lógica de un sistema de Pluralismo Jurídico constituido por lógicas normativas diferenciadas. La descentralización implica, desde un punto de vista normativo, varias cosas:

- una primacía del convenio, del derecho privado y de las relaciones contractualizadas frente al imperio de la ley<sup>25</sup>, lo que implica fracturas en el principio de seguridad jurídica. La “ley”, en cuanto fuente de derecho, deja de ser la única posibilidad estratégica de poder normativo, en un doble sentido, tanto desde el punto de vista de cómo afecta ello a la seguridad jurídica, como desde el punto de vista del Pluralismo Jurídico, al multiplicarse las formas de producción normativa;

---

<sup>24</sup> G. TEUBNER entiende por “procedimentalización del derecho” la “descentralización” de los procesos de toma de decisiones que dan lugar a normas jurídicas. Son manifestaciones de la procedimentalización toda forma de creación negociada de derecho que persigan la obtención por parte del Estado de un “consenso anticipado” de los partes a quienes se aplicarán las normas producidas. *Law as an Autopoietic System*, Oxford, Blackwell, 1993, pp. 66-69. Pero procedimentalización también va a implicar, desde nuestra perspectiva, las nuevas formas en que se produce y genera el derecho.

<sup>25</sup> Vid. CH. LAVAL y DARDOT, P., *cit.*, pp. 41 y ss.

- la informalidad en la comprensión y construcción del derecho, lo que implica la capacidad de autonormación por parte de los grupos interesados y afectados, así como una mayor incidencia e influencia de estos grupos en sus propias lógicas jurídicas;
- la irrupción del *Soft Law* como criterio para generar vínculos *contractuales* más blandos de relación y responsabilidad que los que se producen por acción e incidencia de la relación jurídica más oficial, afectando, con ello, estructuralmente, al principio de seguridad jurídica;
- la aparición de procesos de *Lex Mercatoria*, en cuanto sistemas jurídicos autónomos e independientes de los ordenamientos estatales e internacionales de derecho. El objetivo fundamental es asegurar los derechos de monopolio de la propiedad privada mediante leyes comerciales internacionales que puedan regular todo el comercio global. Las patentes y los derechos de propiedad intelectual son nuevas expresiones jurídicas para dar solución a nuevas formas de concentración del capital con flexibilización jurídica en su regulación<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> P. MERCADO, “Derechos insostenibles”, en ESTEVEZ ARAUJO J. A. y CAPELLA, J. R., (eds.), *El libro de los deberes*.

- en definitiva, la privatización del derecho, lo que implica la delegación de la posibilidad de producción normativa a agencias independientes que median y suplen a los Estados en el proceso de regulación normativa.

La procedimentalización del derecho puede tener, a su vez, dos sentidos u orientaciones: una *privatizadora*, lo que se traduciría en una tendente sustitución del Estado y su producción normativa, por contratos privados entre las partes, produciéndose una alteración drástica del sistema de garantías jurídicas y de responsabilidades que el derecho estatal ofrece, como se ha venido expresando. Desregular el derecho por la acción privada de los contratos y pactos implica desvincularlo de una consideración fuerte de garantismo jurídico, como se ha venido entendiendo hasta ahora. Otra orientación, concomitantemente asociada a esta última es la *democratizadora*, lo que implica que a la vez que se desregula la acción y presencia del Estado, se fortalece, paralelamente, la acción e incidencia de la sociedad civil a través de otras prácticas normativas<sup>27</sup>.

---

*Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de derechos*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 139-168.

<sup>27</sup> G. ALLEGRI, “New Social Movements and the Deconstruction of New Governance: Fragments of Post-Modern Theories in Europuzzle”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, 2008, disponible en Internet: <http://www.ejls.eu/3/44UK.pdf>.

## ii) Fractura en la piramidalización del Derecho

Cuando hablamos de fracturas en la piramidalización del derecho queremos implicar transformaciones en la manera kelseniana de entender la producción normativa y el sistema de fuentes del derecho. La irrupción de un emergente Pluralismo Constitucional, así como la lógica de un derecho que se expresa en red<sup>28</sup> son elementos que coadyuvan a la fractura en una consideración piramidalizada del derecho.

Una consecuencia de lo anterior es la introducción de nuevas formas de producción normativa que hacen más plurales y complejas los sistemas de fuentes del derecho. No sólo asistimos a la irrupción de nuevos operadores jurídicos que producen y desarrollan derecho, sino que asistimos a una lógica de la coordinación, la compenetración y el conflicto, fruto del inevitable pluralismo jurídico en el que vivimos, lo que hace mucho más compleja la comprensión y la determinación de lo normativo.

---

<sup>28</sup> R. BUSTOS GISBERT, *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati, IVAP, 2005; *Pluralismo Constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.

En última instancia, como veremos, asistimos a una determinación de las normas del Estado por múltiples y diferentes entidades y operadores jurídicos, poniendo fin a un paradigma de monismo jurídico abanderado, hasta ahora, de manera privilegiada, por los Estados.

### III. Soberanía y constitucionalismo: una relación compleja y diversa

Hablar de derecho postnacional implica ubicarse en un paradigma de Pluralismo Jurídico y Constitucional<sup>29</sup>. Una concepción postnacional del derecho supone abandonar una consideración absoluta, unitaria y concentrada de soberanía. Más bien habría que hablar de procesos de *soberanía compartida o soberanía mixta*: este es el reto hoy al que nos asoma la construcción de un Pluralismo Constitucionalismo que se exprese en una red de múltiples actores<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> J. HABERMAS, *The Postnational Constellation: Political Essays*, Cambridge, Polity Press, 2001; U. BECK y A. GRANDE, *Cosmopolitan Europe*, Cambridge, Polity Press, 2007; B. ACKERMAN, *We the People. Transformations*. Vol. 2. Cambridge, CUP, 1998; D. J. GALLIGAN, *Law in Modern Society*, Oxford, OUP-Clarendon Law Series, 2007; “Legal Theory and Empirical Research”, en P. CANE y H. M. KRITZER (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, OUP, pp. 1002-1024; A. TORREZ PÉREZ, “En defensa del pluralismo constitucional”, en J.I. UGARTEMENDIA y G. JAUREGUI (eds.), *Derecho Constitucional Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

<sup>30</sup> N. WALKER, “Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders” en *International Journal of Constitutional Law*, 2008, 6, pp. 373-396;

Neil Walker se expresa en un sentido análogo al introducir el concepto de “Late sovereignty”<sup>31</sup> para hacer referencia a la dimensión multidimensional que la soberanía puede adoptar. Un concepto como el de *soberanía tardía* capacita mejor para entender los procesos de transformación de la soberanía global que se están produciendo. Nos abre a: una consideración continuada, abierta y elástica del concepto de soberanía, más que de discontinuidad, fractura o ruptura; enfatiza en el carácter distintivo y procesual por la que el concepto de soberanía transita, más que en una dinámica estática y finalizada propia de concepciones clásicas; nos sitúa en la antesala de una dinámica ya irreversible, apodíctica en sus formas de expresión y expansión; y nos sugiere el potencial transformador que dicho concepto encierra en su interioridad para abrirnos a una comprensión plural del constitucionalismo.

El concepto de soberanía mixta o compartida no tiene un sentido metafórico, más bien nos asoma a la dimensión compleja que la nueva naturaleza

“Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate” en *LEQS Paper* nº 8, 2009;

N. MACCORMICK, “Sovereignty, Democracy and Subsidiarity” en BELLAMY R., BUFACCHI V., CASTIGLIONE D. (eds.) *Democracy and Constitutional Culture in the Union Europe*, London, Lothian Foundation Press, 1995, pp. 137 y ss.; F. WALLANCE, “The Sharing of Sovereignty: The European Paradox”, 47, 1999, *Political Studies*, pp. 503-521.

<sup>31</sup> N. WALKER, “Late sovereignty in the European Union” en *Sovereignty in Transition*, WALKER, N. (ed.), Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2003, p. 19.

del constitucionalismo expresa. Los procesos de integración en la UE abren vías proyectivas en la manera de entender y estudiar la soberanía, su relación con el Estado y el constitucionalismo, otorgando, con ello, expresiones diferentes y variadas de entender la combinación de todos estos elementos. En este sentido, de la combinación de las categorías *soberanía-constitucionalismo* pueden inferirse resultados de gran relevancia para el derecho lo que va a permitir la aparición de prácticas jurídicas diferenciadas y múltiples. Vamos a llamar la atención sobre los que nos parecen más importantes para los intereses de este escrito.

Un *primer resultado* relevante es el *carácter selectivo* que se deriva del concepto de “soberanía compartida”. Ésta se expande y expresa en función de las condiciones nacionales, europeas o globales con las que estemos tratando. No hay una manera uniforme, general y cerrada de hablar de soberanía mixta: tiene múltiples formas de expresión y concreción.

Un *segundo resultado* es que no todo poder soberano que se exprese como Estado-Nación puede reconstituirse, de manera análoga. No hay un procedimiento ni una vía para entender las formas de configuración, canalización y expresión de la soberanía.

Un *tercer resultado* es que la proyección de la soberanía a un paradigma multinivel<sup>32</sup> –nacional, europeo, internacional- implica, de por sí, una relativización del protagonismo global de los Estados y una intensificación de la instrumentalización de los Estados del Sur al servicio de un transnacionalismo global con férrea dirección política.

Un *cuarto resultado* son las diferentes transformaciones que van adquiriendo, como consecuencia del proceso de integración, conceptos como “nacional” o “interés nacional”. Mientras que los procesos de construcción y transformación política de un Estado van concomitantemente asociados a la constelación de la nacionalidad, los procesos económicos y culturales se expresan cada día más de manera des-nacionalizada, trascendiendo, de esta forma, una expresión chovinista y cerrada de entender lo nacional. Esta ambivalencia -entre lo nacional y los procesos de desnacionalización en el ámbito de la UE- forma parte de la intrínseca tensión dialéctica que acompaña el concepto de soberanía mixta.

Un *quinto resultado* es que el concepto de soberanía mixta afecta estructuralmente a la clásica división de poderes entre Estados y la UE. Ésta ya no puede ser vista en términos

---

<sup>32</sup> I. PERNICE, “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”, *The Columbia Journal of European Law*, v. 15, nº 3, pp. 350-405.

exclusivamente cuantitativos. El poder siempre cambia cuando se divide, lo mismo que la arquitectura institucional diseñada para soportar la implementación de estas transformaciones del poder.

*Finalmente*, no se puede confundir el debate en torno al *ethos* de la integración de la UE -cómo se conformará e institucionalizará ésta en cuanto organización política- con la dialéctica nacional-transnacional que el propio proceso de integración implica y supone para cada Estado. La pregunta por la naturaleza de la UE, en cuanto estructura política, no posee una respuesta simple y lineal, sino tantas como los diferentes procesos de integración que adopten los Estados. Cada forma de constitución estatal es particular y no admite generalización ni proyección. No se puede, por tanto, generalizar un patrón unívoco de funcionamiento en la manera de entender esa suerte de oxímoron que es la “soberanía mixta”. La globalización jurídica no puede entenderse como una unidad indiferenciada, sino como una “pauta geográficamente articulada”<sup>33</sup> de actividades y relaciones: económicas, políticas y jurídicas. Esa es la perspectiva desde donde entender los procesos de transformación jurídica en la UE.

<sup>33</sup> K. COX (ed.), *Spaces of Globalization: Reasserting the Power of the Local*, Nueva York, Guilford Press, 1997, p. 83.

#### IV. Hacia un Derecho postnacional en el marco de la UE. Un análisis de la naturaleza de sus transformaciones

Uno de los grandes retos del Pluralismo Constitucional en el ámbito de la UE es el de cómo ubicar, interpretar e implementar prácticas constitucionales ante paradigmas jurídicos complejos como el de la supraestatalidad que desbordan el ámbito estatal<sup>34</sup>. El paradigma de la supraestatalidad nos pone en conexión con el Pluralismo Constitucional, abriéndonos, de esta manera, a una consideración compleja del derecho. Desde luego, en este ámbito, existen diversas maneras de comprender el constitucionalismo: unas más cercanas a comprensiones cosmopolitas, asumiendo ésta como una totalidad orgánica y holística; otras, menos holísticas, presentando una comprensión de la UE que adquiere sentido, exclusivamente, desde la soberanía de los Estados.

<sup>34</sup> S. BENHABID, *Citizenship: Rights, Struggle and Class Equality*, Milton Keynes, Open University Press, 2008, pp. 46-47; D. KOSTAKOPOULO, “The Evolution of European Union Citizenship”, *European Political Science*, 7 (3), 2008, pp. 285-295; J. DUNOFF and P. TRACHTMAN, “A functional Approach to International Constitutionalization” en DUNOFF, J. and TRACHTMAN P. (eds.) *Ruling The World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 3-36; M. POIARES MADURO, “Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism” en DUNOFF, J. and TRACHTMAN P. (eds.) *Ruling The World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 356-407.

Para las cosmovisiones más europeístas el derecho de la UE posee autonomía por sí sólo, lo que equivale a poseer un estatuto de supremacía sobre el derecho estatal y capacidad para generar efectos directos sobre el mismo<sup>35</sup>. El sistema jurídico de la UE es *autorreferencial*, lo que implica que él mismo decide sobre la validez de su propio derecho, a partir de parámetros derivados del mismo orden, sin consideraciones ni concesiones al ámbito constitucional.

Para las cosmovisiones estatualistas, ubicados en la perspectiva contraria, las normas fundadoras de un régimen de supraestatalidad, como la UE, son meros *Tratados internacionales*<sup>36</sup>. La legitimidad de un supuesto paradigma supraestatal de derecho deriva no de un orden autónomo, sino del contrato consentido de los Estados. El pueblo sólo existe en términos estatales, no cabiendo una consideración jurídica de ese constructo metafísico que llamamos ciudadanía europea<sup>37</sup>. Europa es en sí misma un contra-concepto que sólo admite una velocidad: la de la integración económica; no la socio-política. No hay cualidades culturales ni cognitivas para hablar de

Europa como pueblo. No se puede hablar de una comunidad de sentido: lingüística, económica, social o geográfica. Hay una clara dicotomía, en un paradigma paraestatal, entre la capacidad de actuación y el mandato para actuar. No existe, en el ámbito de la UE un poder constituyente; de normas creadoras o transformadoras de una suerte de comunidad política llamada “Europa”. Para los partidarios de esta cosmovisión la UE representa una pérdida de control democrático sobre los actuales procesos de gobierno, tanto a nivel regional como nacional. Ello se traduce en una dramática erosión de la legitimidad del proceso de integración y construcción de la UE y, por tanto, de la consiguiente sospecha hacia el mismo<sup>38</sup>. Desde estas atalayas la salud democrática del proceso de integración sólo podrá demostrarse si tanto cuantitativa como cualitativamente puede afirmarse una mejora en el bienestar total de la ciudadanía europea, lo que a día de hoy parece inviable e imposible<sup>39</sup>. Las disparidades sociales y económicas son un buen test para medir los grados de inclusión social y representación que el proceso de integración pueda representar entre los distintos Estados de la UE. Ello es lo que está en crisis, el propio imaginario neoliberal de construcción de la UE<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> J. RUIPEREZ ALAMILLO, *La constitución europea y la teoría del poder constituyente*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, pp. 45 y ss.

<sup>36</sup> J. J. SOLOZABAL ECHEVARRIA, “Constitución y orden constitucional en la UE”, *Revista de Estudios Políticos*, 119, 2003, pp. 62 y ss.

<sup>37</sup> R. BELLAMY, “Evaluating Union Citizenship: Belonging, Rights and Participation within the EU”, *Citizenship Studies*, 12, 2008, pp. 597-611; J. BENGOTXEA, *La Europa Peter Pan. El constitucionalismo europeo en la encrucijada*, Oñati, IVAP, 2005.

<sup>38</sup> “No puede haber elección democrática en contra de los tratados europeos”, J.C. JUNKER, *Le Figaro*, 29 de enero de 2015.

<sup>39</sup> F. WEILER, “The Transformation of Europe”, *Yale law Journal*, nº 100, 1991, pp. 2471-2498.

<sup>40</sup> CH. LAVAL y P. DARDOT, *cit.*, pp. 81-105.

Desde el punto de vista del Pluralismo Constitucional, tiene sentido la pregunta sobre si existe, o puede existir, un *proceso de construcción europea* en un sentido material y constituyente. La respuesta a esta pregunta está condicionada por una serie de premisas: si mediante dicho proceso se crearan una serie de principios generales que den fundamento a una nueva estructura socio-política, ¿sería esto viable para el futuro de la UE, en el actual marco de asimetría estructural entre los diferentes Estados miembros? ¿Puede el *Rule of Law*, en el ámbito de la UE, establecer una consistente separación de poderes, o ésta sólo podrá aspirar a tener un carácter *sui generis*, *soft*, tecnocrático y no garantista? ¿Puede el *proceso de construcción europea* ofertar una sólida legitimidad democrática, o, por el contrario, ésta sólo puede bosquejarse de manera indirecta, concedida desde la autoridad soberana de algunos Estados? ¿Podrá establecerse una verdadera Carta de Derechos, con valor vinculante y de aplicación directa para los Estados, en el ámbito de la UE, o esto sólo es un mero proyecto ilusorio destinado a confrontarse rabiosamente con la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de cada Estado, o con la jurisprudencia del TJUE?<sup>41</sup>

<sup>41</sup> L. GORDILLO y G. MARTINICO, *cit.*, pp. 73-115.

A día de hoy hablar de *proceso de construcción europea* no implica referir a un proceso constituyente explícito. El propio *Tratado de Lisboa* no es más que la recepción de normas constitucionales preexistentes, junto con normas que no pueden considerarse constitucionales. Esta es, por tanto, la naturaleza del nuevo Pluralismo Constitucional.

En lo que hace referencia al Estado español, la cesión competencial que se abre a partir del artículo 93 de la CE para el desarrollo de este *proceso de construcción europea*, presenta, *a priori*, una serie de límites como son: la propia soberanía del Estado; la estructura constitucional básica del mismo; los principios constitucionales; y la propia carta de derechos fundamentales. Este primer parámetro limitante tiene que compaginarse con el juego dicotómico que entre primacía y supremacía se ha establecido entre el derecho estatal y el derecho de la UE. El derecho de la UE guarda una situación de primacía, mientras que la supremacía corresponde al orden constitucional<sup>42</sup>. La supremacía implica el carácter jerárquicamente superior de un ordenamiento, lo que implica que ese ordenamiento es fundamento de validez de lo infra-ordenado. La prioridad del derecho de la UE no modifica normas constitucionales, sólo provoca su inaplicación por incompatibilidad. Sin

<sup>42</sup> DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005.

embargo ¿no supone ello ya una profunda alteración del Sistema de fuentes constitucionales y por conexión, del juego de órdenes constitucionales? ¿No implica esto una reestructuración en los modos de distribución del poder, en un sentido horizontal y material? En definitiva, ¿no supone una mutación en la manera tradicional de comprender la soberanía?

Las normas constitucionales, a partir de la influencia, conexión y compenetración con otras jurisdicciones supraestatales, no obligan, ya, del mismo modo, a ciudadanos y poderes públicos, tal como lo hacía hasta ahora el *nomos* constitucional. Se están produciendo alteraciones y mutaciones en los sistemas normativos constitucionales de orden estatal por la incidencia de normas procedentes de órdenes normativos *diferentes*.

Sin embargo, el constitucionalismo europeo tiene su origen en el poder de integración propia de las constituciones nacionales: su legitimidad original deriva de tales cláusulas. En este marco, la CE<sup>43</sup> funciona como origen último de legitimidad de un constitucionalismo europeo. Estamos ante un *contrato social* europeo sellado por cada Estado miembro. La propia parcialidad del constitucionalismo europeo es consecuencia de su

<sup>43</sup> Constitución Española, a partir de ahora se citará así CE.

propio proceso de creación y consustancial a él<sup>44</sup>. Esta es, por tanto, la lógica del Pluralismo Constitucional con el que interactuamos. El Pluralismo Constitucional es un *continuum* constitucional a varios niveles: por un lado, un nivel en el que ya nadie se rige *exclusivamente* por una constitución nacional, apareciendo, de manera complementaria, otras normas que determinan materialmente su constitucionalidad<sup>45</sup>.

La expresión que mejor enmarca lo que sucede es la de *Constitución dual*: Estados regidos por su propia Constitución y por la de la Unión, mientras que la Unión se rige por su propia Constitución y la suma de constituciones de los Estados miembros<sup>46</sup>.

Ello nos sitúa ante un último tránsito en la escala de nuestra argumentación: la de entender el Pluralismo Constitucional como *Constitucionalismo Red*. MacCormick ha venido definiendo Pluralismo Constitucional como aquella situación en la que existen dos o más constituciones, siendo cada una válida en sí y por sí misma, sin que ninguna reconozca a la otra como fuente de validez en última instancia. Es

<sup>44</sup> J. CRUZ VILLALÓN, *La constitución inédita*, Madrid, Trota, 2004.

<sup>45</sup> J. CRUZ VILLALÓN, *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Bilbao, Fundación BBVA, 2006, p.9.

<sup>46</sup> J. CRUZ VILLALÓN, *cit.*, pp. 141 y ss.

quizá ésta la problemática que se está abriendo en el ámbito de actuación jurídica la UE.

El Pluralismo Constitucional supone cuestionar cualquier forma de “supremacía” en la comprensión de relaciones entre normas constitucionales nacionales y europeas. El principio que guía y pauta esta relación no es el de jerarquía, sino el de colaboración, complementariedad, interconexión, coordinación y convergencia. Hablamos, por tanto, de condicionamiento y transformación recíprocas de unas normas por otras. El Pluralismo Constitucional, que se superpone con otras formas de pluralismo legal, se sostiene desde un posicionamiento en el que los Estados han dejado de ser el único y fundamental lugar de enunciación normativa. Son múltiples los lugares de resonancia constitucional que se abren en el orden de las jurisdicciones, tanto supraestatal, como infraestatal. Por tanto, más que de jerarquía habría que hablar de “heterarquía”<sup>47</sup> para describir el juego de relaciones normativas que se nos avienen como consecuencia de un mapa arraigado en el Pluralismo Constitucional.

<sup>47</sup> N. WALKER, “Late sovereignty in the European Union” en *Sovereignty in Transition*, WALKER, N. (Ed.), Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2003, p. 4.

Más que de constitucionalismo *multinivel*<sup>48</sup>, que implica ya una suerte de jerarquía, una liga escalonada de Constituciones complementarias que parecerían dibujar un sistema de derecho público en varios niveles<sup>49</sup> –nivel inferior y superior-, hablaremos de *constitucionalismo-red*<sup>50</sup>. Son dos las características que disciplinan este nuevo paradigma de Constitucionalismo-red: i) la existencia de un contrato postnacional produciendo nuevas configuraciones de soberanía constitucional; ii) la existencia de juegos dialécticos entre órdenes normativos diferentes (estatales y no estatales). Sin embargo, este esquema de Pluralismo Constitucional genera algunos interrogantes de fondo importantes: si está basado en el reconocimiento de validez de otros órdenes constitucionales para un mismo ámbito de aplicación ¿no implica ello aceptar las peticiones de supremacía que cada orden tiene para solucionar eventuales conflictos acerca del propio ámbito de actuación? Los conflictos entre ordenamientos ¿no se solucionarán otorgando supremacía de un ordenamiento para

<sup>48</sup> N. WALKER, “Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate” en *LEQS Paper* n° 8, 2009.

<sup>49</sup> N. WALKER, “Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders” en *International Journal of Constitutional Law*, 2008, 6, pp. 373-396.

<sup>50</sup> R. BUSTOS GISBERT, *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati, IVAP, 2005, pp. 180 y ss.; *Pluralismo Constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, pp. 1-55.

determinadas competencias y cuestiones, y del otro, para otros ámbitos de competencia? Una respuesta afirmativa a estos interrogantes supondría asumir un concepto clásico de supremacía. Hay un cambio de sentido y de paradigma si la respuesta es bosquejada desde una consideración en red del constitucionalismo.

Hablar de una consideración en Red para la confluencia y solapamiento de diferentes ordenamientos jurídicos implica afirmar la existencia de una influencia mutua entre ellos, de una recíproca interdependencia en sus formas de articulación y desarrollo, así como de la autonomía recíproca de los diversos ordenamientos implicados en la red. Se puede hablar de una relación de *origen* y de *sentido* entre el constitucionalismo nacional y el supraestatal. En el constitucionalismo estatal reposa la legitimidad original que permitirá, en un segundo momento, el despliegue y arraigamiento de un constitucionalismo supraestatal. Pero también hay una conexión de sentido: un constitucionalismo se realiza por mediación del otro.

Podemos hablar en este proceso de una centralidad del constitucionalismo estatal, desde el que se construye el sentido de un constitucionalismo supraestatal. La figura que mediatiza este juego de relaciones es el de la *red*

*constitucional*. Por red entendemos múltiples nodos constitucionales correspondientes a cada uno de los lugares que entran en coordinación y en juego, reflejando, con ello, una soberanía reticular. El modelo red se complica e implica, además, con otros lugares y espacios constitucionales tanto en el ámbito supra europeo, como en el ámbito internacional del derecho. Ello supone un incremento de la pluralidad de ordenamientos jurídicos en conexión, entrelazados, lo que refuerza la interdependencia de sentidos jurídicos, de normas y de jurisprudencias.

La existencia de conflictos, por medio de jurisprudencias constitucionales contradictorias es inevitable en un paradigma de Constitucionalismo Plural: esa es precisamente la lógica de la red. En este sentido puede hablarse de “jurisdicciones comprensivas” sobre un territorio particular, lo que supone la existencia, a la vez, de autonomía jurisdiccional sin exclusividad territorial, implicando, con ello, superposiciones territoriales sin destrucción de la autonomía jurídica que pueda corresponder a cada jurisdicción.

El consenso procedente de la lógica de la red implica superar el pluralismo como un elemento fáctico y asomarse a una falsa síntesis. Continuando con esta lógica, en el pluralismo – situación fáctica del derecho postnacional- no existe una autoridad última, sino una red de

autoridades y jurisprudencias. El juego dialéctico entre primacía y supremacía no vale para solucionar ni resolver los conflictos de pluralismo; sólo el diálogo y cooperación jurisprudencial entre ordenamientos jurídicos diferentes<sup>51</sup>.

## V. Conclusiones

Hemos intentado dar medida de las complejidades con las que se presenta el derecho, desanclado, como ámbito de enfoque único, de los marcos del Estado-Nación. Se reclama, por tanto, un nuevo marco paradigmático para poder entender la complejidad con la que el derecho se plantea. El objetivo de este escrito era mostrar las dificultades con las que se construye y produce el derecho hoy, así como los conflictos de inter-legalidades que surgen como consecuencia de la interconexión con la que vivimos en el contexto del Pluralismo constitucional. Esta variedad de producción e interconexión normativa, así como la tendencia a la privatización del derecho y a la constitucionalización del derecho privado, pone en crisis el concepto de *legitimidad normativa* - por la ausencia de un “demos europeo”, o de la crisis total de ciudadanía europea, tal y como la hemos construido-; así como el concepto de

*seguridad jurídica* -por el conflicto entre diferentes jurisdicciones- lo que nos aboca, también, a una situación de fuerte incertidumbre, vulnerabilidad e inseguridad.

La irrupción de un Pluralismo constitucional en la manera de entender la soberanía (mixta) y el poder, también implica serios replanteamientos para articular, en el futuro, una consideración consistente del derecho público y sus garantías, poniendo especial énfasis en las políticas de derechos.

El Pluralismo constitucional también conlleva sus complejidades, más allá de su eufórica proclamación, al reducir el derecho público, bajo ese nuevo envoltorio denominado “gobernanza”, a mera gestión y administración de procesos, eliminando la política, el conflicto y el pluralismo intrínseco que nos constituye. Ello implica, en última instancia, una reducción drástica de los valores que nos sustentan y de los derechos que nos sostienen y protegen. Un policentrismo normativo, sin sólidos valores comunes y sin una fuerte estructura de derechos y garantías, carece de centro y resulta estéril para protegernos de las incertidumbres con las que ya vivimos y viviremos.

---

<sup>51</sup> R. BUSTOS GISBERT, *Pluralismo Constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B.; *We the People. Transformations*. Vol 2. Cambridge, CUP, 1998.
- BAUMAN, Z.; *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- BECK U. y GRANDE, A.; *Cosmopolitan Europe*, Cambridge, Polity Press, 2007.
- BELLAMY, R.; ‘Evaluating Union Citizenship: Belonging, Rights and Participation within the EU’, *Citizenship Studies*, 12, 2008, pp. 597-611.
- BENGOETXEA, J.; *La Europa Peter Pan. El constitucionalismo europeo en la encrucijada*, Oñati, IVAP, 2005.
- BENHABID, S.; *Citizenship: Rights, Struggle and Class Equality*, Milton Keynes, Open University Press, 2008.
- BUSTOS GISBERT, R.; *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati, IVAP, 2005.
- BUSTOS GISBERT, R.; *Pluralismo Constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.
- BELLAMY, R.; “Sovereignty, Postsovereignty and Presovereignty. Three models of State, Democracy and Rights within de European Union” en WALKER, N. (ed.); *Sovereignty in Transition*, Oxford, OUP, 2004, pp. 171-195.
- CHIBA, M.; “Three Dichotomies of Law in Pluralism: An Analytical Scheme of Legal Culture”, *Tokai Law Review*, 1987, pp. 173-179.
- COX, K. (ed.); *Spaces of Globalization: Reasserting the Power of the Local*, Nueva York, Guilford Press, 1997.
- CRUZ VILLALÓN, J.; *La constitución inédita*, Madrid, Trota, 2004.
- CRUZ VILLALÓN, J.; *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Bilbao, Fundación BBVA, 2006.
- DUNOFF, J and TRACHTMAN, P.; “A functional Approach to International Constitutionalization” en DUNOFF, J. and TRACHTMAN P. (eds.); *Ruling The World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 3-36.
- ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.; *El revés del Derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Bogotá, Universidades Externado de Colombia, 2006.
- ESTEVEZ ARAUJO, J. A.; “La privatización de la regulación”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, nº 135, 2016, pp. 63-80.
- FASSBENDER B.; “Sovereignty and Constitutionalism in International Law” en WALKER, N. (ed.); *Sovereignty in Transition*, Oxford, OUP, 2004, pp. 115-143.
- FRASER, N.; *Escalas de la justicia*, Barcelona, Herder, 2008.
- GALLIGAN D. J; *Law in Modern Society*, Oxford, OUP-Clarendon Law Series, 2007.
- GALLIGAN D. J.; “Legal Theory and Empirical Research», en P. CANE y H. M. KRITZER (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, OUP, 2011, pp. 1002-1024.
- GARCÍA CALVO, M.; “Transformaciones jurídicas y teoría del derecho” *AFD*, 2012 (XXVIII), pp. 33-53.
- GORDILLO PÉREZ, L.; *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2012.
- GORDILLO PÉREZ L. y MARTINICO G.; *Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Pamplona, Aranzadi, 2015, pp. 73-142.
- GORDILLO PÉREZ, L.; “El TJUE y el Derecho internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico”, *Cuadernos*

*de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, 2017, pp. 330-354.

GUAMAN, A.; “Crisis económica y crisis del derecho del trabajo ¿hacia un antiguo modelo de relaciones de trabajo?”, *Revista de Derecho Social*, nº 59, 2012, pp. 233-252.

HÄBERLE, P.; *Pluralismo y Constitución. Estudio de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid, Tectnos, 2002.

HABERMAS, J.; *The Postnational Constellation: Political Essays*, Cambridge, Polity Press, 2001.

HARVEY, D.; *Ciudades rebeldes. Del derecho a la ciudad a la revolución ciudadana*, Madrid, Akal, 2013.

HERNÁNDEZ J. y RAMIRO P.; “Lex Mercatoria vs. Derechos humanos. Las empresas transnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad”, *Gaceta Sindical*, nº 26, 2016, pp. 223-240.

JESSOP, B.; *The State. Past, Present, Future*, Cambridge, Polity Press, 2016.

KOSTAKOPOULO, D; “The Evolution of European Union Citizenship”, *European Political Science*, 7 (3), 2008, pp. 285-295.

LAVAL Ch. y DARDOT P.; *La pesadilla que no acaba nunca. El neoliberalismo contra la democracia*, Barcelona, Gedisa, 2016.

LOUGHLIN, M.; *Sword and Scales: An Examination of the relationship Between Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

MACCORMICK N.; “Sovereignty, Democracy and Subsidiarity” en BELLAMY R., BUFACCHI V., CASTIGLIONE D. (eds.); *Democracy and Constitutional Culture in the Union Europe*, London, Lothian Foundation Press, 1995, pp. 95-100.

MARTIN, H. y SCHUMANN, H.; *La trampa de la globalización*, Madrid, Taurus, 1998.

MARTÍNEZ DE BRINGAS, A.; “Los sistemas normativos indígenas en el marco del pluralismo

jurídico. Un análisis desde los derechos indígenas”, *Revista de Derecho Político*, nº 86, 2013, pp. 411-444.

MERCADO, P.; “Experimentalismo democrático nuevas formas de regulación y legitimización del Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 46, 2012, pp. 37-68.

MERCADO, P.; “Derechos insostenibles”, en ESTEVEZ ARAUJO J. A. y CAPELLA, J. R., (eds.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de derechos*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 139-168.

MONEREO, J. L.; “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de los servicios públicos”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 135, 2016, pp. 251-307.

MONEREO PÉREZ, J. L.; “Transformaciones del derecho del trabajo: una rama en crisis de identidad?”, *Revista Derecho del trabajo*, nº 11, 2016, pp. 53-96.

MONEREO PÉREZ, J. L.; “Transformaciones del trabajo y futuro del derecho de trabajo en la "era de la flexibilidad", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5, 2016, pp. 444-493.

OSIANDER, A.; “Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth”, 55, *International Organisation*, 2001, pp. 262-268.

OSTROM, E.; “Polycentric Approach for Coping with Climate Change”, *Background Paper to the 2010 World Development Report*, Washington, DC, World Bank, Policy Research Working Paper 5095, 2010.

PERNICE, I.; “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”, *The Columbia Journal of European Law*, v. 15, nº. 3, 2009, pp. 350-405.

PERREZ, F.; *Cooperative Sovereignty. From Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law*, London, Kluwer Law, 2000.

- POIARES MADURO, M.; “Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism” en DUNOFF, J. and TRACHTMAN P. (eds.); *Ruling The World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 356-407.
- RECIO, A.; *Trabajo, personas, mercados*, Barcelona, Icaria, 1997.
- RUIPEREZ ALAMILLO, J.; *La constitución europea y la teoría del poder constituyente*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.
- SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J.; “Constitución y orden constitucional en la UE”, *Revista de Estudios Políticos*, 119, 2003, pp. 361-384.
- SOUSA SANTOS, B.; *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995.
- SOUSA SANTOS, B.; *Sociología Jurídica Crítica*, Madrid, Trota, 2009.
- STIGLITZ; *The Stiglitz Report: Reforming the International Monetary and Financial Systems in the Wake of the Global Crisis*, The New Press, 2010.
- TEUBNER; “The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, *Cardozo Law Review*, 1992, p. 1443-1462.
- TORRES PÉREZ, A.; *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, 2009.
- TORRES PÉREZ, A.; “En defensa del pluralismo constitucional”, en J.I. UGARTEMENDIA y G. JAUREGUI (eds.), *Derecho Constitucional Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- TRUBEK D. and TRUBEK L., “Symposium Afterword: The World Turned Upside Down: Reflections on New Governance and the Transformation of Law”, *Wisconsin Law Review*, 2010/2, pp. 719-727.
- TWINING, W.; *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press, 2009
- WALKER, N.; “Late sovereignty in the European Union” en *Sovereignty in Transition*, WALKER, N. (Ed.), Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2003.
- WALKER, N.; “Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders” en *International Journal of Constitutional Law*, 2008, 6, pp. 373-396.
- WALKER, N.; “Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate” en *LEQS Paper* n° 8, 2009.
- WALLANCE, F.; “The Sharing of Sovereignty: The European Paradox”, 47, 1999, *Political Studies*, pp. 503-521.
- WEILER, F.; “The Transformation of Europe”, *Yale law Journal*, n° 100, 1991, pp. 2471-2498.
- ZEITLIN, J.; *Experimentalist Governance in European Union*. Oxford University Press, 2014.
- ZUBERO, I.; “Construcción y deconstrucción de la existencia precaria: de la (a)seguridad social al aseguramiento colectivo, pasando por la desmercantilización”, *Iglesia Viva*, julio-septiembre, n° 263, 2015, pp. 27-42