

CONVERSACIÓN SOBRE LO SUPRANACIONAL: ANÁLISIS DEL PRIMER ACÁPITE DEL CAPÍTULO CUARTO DE *EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD*¹

Santiago Álvarez Hernández²

RESUMEN. El sistema jurídico trascendió de los ordenamientos nacionales a los internacionales y, recientemente, a los supranacionales. El fenómeno de la Unión Europea, anteriormente Comunidad Económica Europea, demuestra cómo surge un elemento novedoso en el sistema jurídico, con ocasión de las tensiones, transformaciones y agitaciones del entorno. Este es el planteamiento del profesor Fabián G. Marín Cortés en el primer acápite del Capítulo IV de *El principio de legalidad*. El escrito analiza las ideas del autor en este ámbito, manteniendo el esquema metodológico propuesto por el autor, es decir, a partir de cuestionamientos acerca de esta clase de peculiar expresión de legalidad.

Introducción

La modificación del *entorno* afecta los *elementos* del sistema. Este es el antecedente desarrollado en los primeros capítulos del libro *El principio de legalidad*, que se sitúa como presupuesto de lo planteado en el Capítulo IV –«Nuevas fuentes de legalidad»–. En esta ocasión se continúa el estudio de la obra, ahora circunscrito a una de las aristas trabajadas en el texto, y que el profesor Fabián G. Marín Cortés introduce manifestando que la legalidad del Estado de derecho tradicional se ha transformado significativamente. Conectando con el tercer capítulo, que demostró que se mantenían los «*elementos*» del sistema de siempre, en el cuarto se evidencian los elementos adicionales de la nueva legalidad, que tienen funcionamientos diferentes. El profesor expresa que la novedad de estos elementos supone una incertidumbre que debe explorarse, lo que efectivamente realiza en los apartados respectivos sobre el derecho positivo supranacional, la regulación, la desregulación y la autorregulación³. Las siguientes líneas se ocupan de presentar lo dicho por el autor acerca del primer fenómeno –lo supranacional–, discutiendo con las posiciones y los esquemas argumentativos implementados para asumirlas.

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 4 de diciembre de 2021, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Juan David Montoya Penagos.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel IV, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

³ MARÍN CORTÉS, Fabián. *Principio de legalidad: cambio de un paradigma*. Medellín: Jurídica Sánchez R. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2021. p. 179.

El autor señala que en algunas regiones del mundo se consolidó, institucional y jurídicamente, la globalización a través de la formación de organismos de derecho público internacional, con pretensiones de ordenación política y económica. Es el caso de la Comunidad Económica Europea –CEE– y la Comunidad Andina de Naciones –CAN–. Al respecto sostiene que estas estructuras reprodujeron la misma conformación de los Estados nacionales, porque crearon un parlamento, un tribunal y un poder ejecutivo, para dirigir las competencias otorgadas por los Estados asociados⁴. Manifiesta que se distinguen de la comunidad de naciones vinculadas a la Organización de Naciones Unidas –ONU–, porque los Estados partícipes no delegaron competencias sólidas y consistentes de ejercicio de derecho público⁵.

Refiere a Mario P. Chiti para destacar tres fenómenos que inciden en la transformación de los ordenamientos domésticos: el primero, la convergencia entre ordenamientos jurídicos, que se expresa en la familiaridad de los sistemas europeos; el segundo, la existencia de organizaciones regionales que tienen como objetivo desarrollar el derecho público, como el Consejo de Europa para los Derechos Fundamentales y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa para la resolución de conflictos –OSCE–; el tercero, la Comunidad Europea, desarrollada a partir del Tratado de la Unión Europea que desembocó en el Tratado de Lisboa, producto de la experiencia de integración iniciada con el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero –CECA–.

El primer fenómeno redujo las diferencias entre las familias jurídicas del *civil law* y el *common law*, debido a que produce la asimilación de instituciones jurídicas. El segundo implica unificar las autoridades de varios Estados, lo que supone una unificación en la interpretación de ámbitos jurídicos –como el de los derechos humanos–. Sostiene junto al autor italiano que el último fenómeno es *sui generis*, debido a que constituye un tercer nivel de ordenamiento jurídico. En efecto, mientras existen los ordenamientos nacionales e internacionales, la creación del derecho comunitario creó, a su vez, el ordenamiento supranacional, de ahí que cuente con una serie de fuentes y autoridades independientes a las de los Estados nacionales, sobre los que se influye por libre renuncia a fragmentos de soberanía. Con lo anterior explica que para Chiti el derecho de la Unión Europea corresponde a la teoría monista del ordenamiento, a diferencia de la relación mediante tratados internacionales, que representa la teoría dualista⁶.

Al respecto, Marín Cortés sostiene que las instituciones no convencionales conocidas como comunidades de Estados fueron autorizadas para crear más y nuevo derecho positivo, lo que controvirtió la legalidad de las siguientes maneras:

⁴ Ibid., p. 179.

⁵ Ibid., p. 180.

⁶ Ibid., pp. 180-181.

«i) ¿se afecta el principio de legalidad de alcance nacional?, ii) ¿la legalidad que surge es de tipo democrático?, iii) ¿la nueva legalidad perfecciona, afina y mejora al Estado de derecho?, iv) ¿esta posibilidad favorece la creación de un principio de legalidad para el ámbito internacional?»⁷. Estos cuestionamientos no solo guían la línea argumentativa del autor, sino que también permiten ordenar y analizar lógicamente las ideas del texto, como se emprende a continuación.

1. Afectación de la legalidad nacional por la supranacionalidad: culmen de la transformación del entorno en la soberanía

El primer cuestionamiento propuesto por el autor es respondido de manera tajante: «se afecta el contenido y calidad del principio de legalidad de los Estados nacionales»⁸. Considera que es evidente esta afirmación en la medida en que los Estados delegan parte de sus poderes judiciales, legislativo y ejecutivo en organismos internacionales públicos, que profieren decisiones que afectan los ordenamientos de manera directa o indirecta, toda vez que algunas requieren que los órganos nacionales refrenden o las adapten a sus órdenes domésticos. Incuestionablemente aumenta la masa de normas que forman la legalidad que vincula al Estado, en un contexto manifiestamente novedoso, en cuanto a que no es ya la autoridad territorial la que lo transforma y lo hace crecer sino que ahora existen poderes transfronterizos que cumplen dicha función. Solo la voluntariedad del sometimiento explica la vinculatoriedad de la legalidad comunitaria, que poco se distingue del carácter imperativo del orden interno.

Los organismos creados por el nuevo nivel de la legalidad comparten la misma característica del principio de legalidad convencional, por cuanto establecen condiciones para ejercer potestades y poderes públicos. La juridicidad que surge es idéntica a la local, solo que la unión a esta implica una relación de tensión entre la superioridad, el sometimiento y la coordinación, que se nota entre la legislación y la jurisprudencia supranacional y nacional. El autor propone que, en los términos de la *teoría de sistemas*, al sistema jurídico se le añadieron nuevos elementos, que se relacionaron agítadamente con los existentes. En esa línea afirma: «Se trata de nuevos elementos, nacidos en el presente, con funcionamientos propios y propiciatorios de relaciones todavía objeto de estudio. Esa influencia mutua produce resultados que afectan al sistema y ofrece respuestas diferentes para los problemas de siempre»⁹.

Chiti y Marín Cortés examinan el fenómeno particular de la Unión Europea, organización conclusiva de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero –CECA,

⁷ Ibid., p. 183.

⁸ Ibid., p. 183.

⁹ Ibid., p. 184.

creada en 1951 con el Tratado de París–, la Comunidad Europea de la Energía Atómica –Euratom– y la Comunidad Económica Europea —CEE—, las últimas creadas en 1957. El entramado jurídico que compone a la Unión puede dividirse, como mínimo, en dos niveles: en el derecho originario y el derecho derivado. El primero, se compone por el conjunto de tratados que los Estados miembros suscriben, posicionándose como las fuentes de mayor nivel y posibilitando la existencia del derecho derivado. El segundo contiene las normas que pueden emitir las instituciones adscritas a la Unión, como los *reglamentos*, las *directivas* y las *decisiones*.

La diferencia entre estas es el nivel de vinculatoriedad y alcance de cada una: mientras los reglamentos tienen un alcance general y deben aplicarse directamente por los Estados miembros, las directivas obligan a los Estados a alcanzar objetivos, pero a través del medio que cada uno considere más pertinente. Por su parte, las decisiones, aunque tienen aplicación directa y son obligatorias, no tienen el alcance general o el nivel de abstracción de los reglamentos, puesto que generalmente están destinadas a Estados miembros o a instituciones concretas¹⁰. Esto confirma la tesis del autor en este punto, pues existen normativas con distinta magnitud jurídica que producen efectos en los ordenamientos nacionales, corroborando la autoridad del ejercicio público por parte de las instituciones de la Unión. Evidentemente esto denota la complejidad que actualmente deben enfrentar los ordenamientos europeos, en tanto se trata de la relación entre normas de diferentes niveles, a las que subyacen lógicas que trascienden de lo local.

2. ¿Supranacionalidad democrática?: perspectiva formal y sustancial del fenómeno

Para responder el segundo cuestionamiento a la legalidad supranacional, conforme al cual es discutible que su contenido sea democrático, recuerda que en el capítulo primero sostuvo que lo mejor para los Estados de derecho es que sean democráticos, como se exigió en la Revolución francesa. Reseña que en un principio las instituciones de la Unión Europea no elegían a sus parlamentarios popularmente, sino que los gobiernos escogían a sus representantes. Esto se

¹⁰ El artículo 288 de la sección primera del capítulo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone lo siguiente: «Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes».

corrigió en los últimos años, mejorando el nivel de representatividad y legitimidad del funcionamiento comunitario, propiciando un espacio en el que se preserva cierta defensa de los intereses populares.

Con Habermas –en *La constelación posnacional*– es incrédulo en que el proceso de democratización más allá de los Estados nacionales sea sencillo, pero que no debería temérsele a esta extensión, en la medida en que esta cobertura política es deseable ante las imposiciones del entorno económico. Es más, considera que es un estado ideal, ya que la internacionalización de la democracia supondría una manifestación de superación individual de la condición humana, que prevalece el bienestar universal sobre el local. Siguiendo a Gema Marcilla Córdoba plantea que el surgimiento del derecho positivo supranacional es producto de la pérdida de estatalidad de las fuentes del derecho, ocasionada por el «pluralismo jurídico», que erosiona y agita los elementos del sistema. Pese a esto, y compartiendo la postura de Cassese, explica que los Estados –actores principales de este contexto– refuerzan el surgimiento de este sistema¹¹.

El profesor Marín Cortés contrasta la posición de los dos últimos autores, en tanto aquella considera que lo democrático debe entenderse en sentido amplio, es decir, más allá de la toma de decisiones en las que participa directa o indirectamente el pueblo, sino a partir del modelo de convivencia propio de los actuales Estados, en lo que existe una vinculación jurídica de la política mediante el Estado de derecho. En cambio, Cassese sí observa que existe un déficit democrático, en tanto interpreta que no existe una representación directa que garantice la expresión de la voluntad popular, porque no se trata de un ejercicio de aprobación colectiva sino de liberalidad de los Estados y por la falta de garantías, que genera la dispersión o policentrismo y la amplia especialización de materias en el ordenamiento comunitario¹².

Una perspectiva interesante sobre la confrontación propuesta por el autor la plantea Ferrajoli, para quien se debe adoptar un «modelo pluridimensional de “democracia”», conforme al cual lo identitario de lo democrático no reside exclusivamente en la existencia de procedimientos que aseguren la expresión y representación de la voluntad popular. Junto a lo anterior debe existir una salvaguarda de la «*esfera de lo indecible*», esto es, de espacios donde ni siquiera la aplicación de métodos legítimamente democráticos puedan transformar las relaciones jurídicas¹³. En palabras del autor:

¹¹ MARÍN CORTÉS. Op. cit., pp. 186-187.

¹² Ibid., pp. 188-189.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 1995. pp. 855-868; FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. 7ª ed. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2014. pp. 15-36.

«De esta manera, el conjunto de estas normas sustanciales circunscribe aquella que tantas veces he denominado *esfera de lo indecidible*: la esfera de lo *indecidible que*, determinada por el conjunto de los derechos de libertad y de autonomía que impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos; la esfera de lo *indecidible que no*, determinada por el conjunto de los derechos sociales que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones dirigidas a satisfacerlos. Sólo aquello que está fuera de esta esfera es la *esfera de lo decidible*, en cuyo interior es legítimo [sic] el ejercicio de los derechos de autonomía: la autonomía política, mediada por la *representación*, en la producción de las decisiones públicas; la autonomía privada, según las reglas del *mercado*, en la producción de las decisiones privadas. Principio de mayoría y libertad de emprendimiento, discrecionalidad pública y disponibilidad privada, autodeterminación política y autodeterminación privada son, en suma, las reglas que presiden la esfera de lo decidible, pero encuentran límites y vínculos insuperables en la esfera de lo indecidible»¹⁴.

Lo manifestado por Ferrajoli se acerca a algunos conceptos que Marín Cortés asocia en los primeros capítulos al Estado de Derecho, de manera que puede plantearse cierta diferencia interesante entre los autores. Al margen de lo anterior, lo relevante se encuentra en que existen posiciones sustanciales de la democracia, según las cuales no solo basta la existencia de procedimientos mediante los cuales se exprese el pueblo, sino también garantías mínimas para el adecuado funcionamiento de las relaciones sociales. En este caso, una perspectiva sustancial de la democracia implicaría asumir que el Estado supranacional, o que las relaciones supranacionales, deberían tener sustratos irreductibles, que no se podrían modificar o afectar por ninguna autoridad supranacional, y que los Estados partícipes garantizarían a cualquier modo.

3. Consolidación del Estado de derecho en la legalidad supranacional: ¿mito o realidad?

El tercer cuestionamiento propuesto por el profesor Marín Cortés se condensa de la siguiente manera: «¿la nueva legalidad perfecciona, afina y mejora al Estado de derecho?». Para asumir posición, plantea en primer lugar que puede adoptarse una positiva, según la cual independiente del origen de la legalidad –nacional, internacional o supranacional– lo relevante subyace a la limitación de la actuación estatal, como patrón de organización política. Para ejemplificarlo, destaca la existencia de regímenes comunes en regulación de mercados, garantías fundamentales, normas tributarias, circulación de personas, estatus de

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero. *En: Isonomía [En línea]*. 2003, n.19 [Consultado el 1-12-21], pp.227-241. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000200010&lng=es&nrm=iso>. p. 231.

ciudadano, protección del medio ambiente, legislación ambiental, entre otros. Lo anterior posibilita que se ejerza una presión provechosa a las autoridades para garantizar derechos y libertades, proveniente de instancias supraordenadas. Confrontando lo anterior argumenta que frecuentemente se evidencia que la supranacionalidad decide desregular, con base en criterios económicos y técnicos, liberando poderes públicos de las ataduras del derecho o instándolos a hacerlo para entregarle estas licencias al mercado¹⁵.

Seguido al anterior contraste, refiere a Ferrajoli, para quien la crisis del derecho moderno proviene de la pérdida de unidad y coherencia de las fuentes del derecho y por la superposición de ordenamientos concurrentes. Lo último, dado que consiste en la disposición fuera de los centros de decisión reservados a su soberanía. El profesor Marín Cortés comparte la posición del autor italiano, que reclama la creación de una constitución supranacional, contentiva de todos los principios compartidos por los Estados partícipes, habida cuenta que el proceso globalizador implicó un contexto de ausencia de derecho público, sin límites, reglas o controles tanto para los poderes militares como a las imposiciones de las grandes agencias económicas. Por consiguiente, acompaña la idea según la cual no existe esfera pública, si por esto se entiende el conjunto de instituciones y funcionarios encargados de alcanzar y proteger el interés general internacionalmente¹⁶.

Este clamor también se comparte por otros administrativistas, como Cassese –también citado en el libro analizado– como Mir Puigpelat. El primero llama la atención de los estudiosos del derecho administrativo, quienes deben *desnacionalizarse* para mantener el estudio de los principios comunes, que ahora se encuentran en distintos niveles¹⁷. Mir Puigpelat, por su parte, promueve una Administración y un derecho administrativo global, que atiendan las particularidades locales y acerquen a los ciudadanos a las decisiones de los órganos internacionales, para evitar la actual deficiencia según la cual « [...] el Estado es hoy demasiado grande para las cosas pequeñas y demasiado pequeño para las cosas grandes»¹⁸. En suma, existe una exigencia intelectual a adecuar las

¹⁵ MARÍN CORTÉS. Op. cit., pp. 193-194.

¹⁶ Ibid., pp. 194-195.

¹⁷ En palabras del autor: «These developments require administrative law scholarship to be denationalized. Thus far, nationalism has been the prevailing mode through which administrative law scholarship has been conducted. But, as common core principles have developed at the national, transnational, and global levels, administrative law scholarship must give up this traditional nation-based approach» (CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto [En línea]. En: International Journal of Constitutional Law, vol. 10, 3, Julio de 2012, pp. 603-613, <https://doi.org/10.1093/icon/mos038> [Consultado el 3-12-21]. p. 605).

¹⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. Globalización, Estado y derecho. Madrid: Civitas, 2004. p. 212.

formas internacionales y supranacionales a criterios y racionalidades públicas, que tengan como preocupación central la garantía de derechos.

4. Ordenamiento supranacional como génesis de la legalidad internacional

La última inquietud planteada por el profesor Marín Cortés al fenómeno del derecho supranacional se presenta a la posibilidad de que se configure una legalidad internacional. En otras palabras, pregunta: «¿esta posibilidad favorece la creación de un principio de legalidad para el ámbito internacional?». Para explicar el cuestionamiento, advierte que debe admitirse la premisa que entiende que en el contexto global no existe Estado de derecho, y por ende principio de legalidad, salvo ciertas limitaciones dispuestas en la suscripción de tratados. Con relación a esto refiere a Kant en *Sobre la paz perpetua*, quien advirtió que se debía crear una asociación o federación que controle la egoísta individualidad de los Estados, que puede ser óbice para la garantía del estricto bienestar general.

Agrega con Kant que es un deber para los Estados salir de la situación de libertad sin orden, mediante un derecho que sujete la guerra de las naciones, que instale una moral para los hombres y sus gobiernos. Adicionalmente, que los negocios y el comercio consolidan esta pretensión, ya que requiere estabilidad y tranquilidad para su adecuado desarrollo. Teniendo en cuenta esto, Marín Cortés sostiene que el derecho comunitario es el primer paso para la formación de un Estado de derecho global, porque de la ausencia de lo jurídico se pasa a un escenario de relacionamiento asentado en la certidumbre, la previsibilidad y seguridad para los actores. De este modo, lo supranacional se convierte en principio de legalidad entre las naciones, en «*Estado de derecho global*», que a su vez se inserta en el ordenamiento nacional¹⁹.

Esto permitiría abandonar el «*Estado de naturaleza*», porque los órganos internacionales creados a partir de la soberanía entregada de los Estados decidirán con fundamento en razones, y no por la coerción que sucede a la amenaza del uso de la fuerza. Así, sintetiza su posición argumentando que, sea por la consolidación de un «macro Estado» o por la democratización de las instituciones supranacionales, en caso de conflicto entre el orden interno y el superior debe primar este, en vista de que el ordenamiento supranacional conduce a nuevos entendimientos de la realidad estatal y del principio de legalidad²⁰.

Bibliografía

¹⁹ MARÍN CORTÉS. Op. cit., pp. 189-190.

²⁰ Ibid., pp. 191-193.

Doctrina

CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto [En línea]. En: International Journal of Constitutional Law, vol. 10, 3, Julio de 2012, pp. 603–613, <https://doi.org/10.1093/icon/mos038> [Consultado el 3-12-21].

MARÍN CORTÉS, Fabián. Principio de legalidad: cambio de un paradigma. Medellín: Jurídica Sánchez R. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo – CEDA–, 2021. 286 p.

MIR PUIGPELAT, Oriol. Globalización, Estado y derecho. Madrid: Civitas, 2004. 285 p.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 1995. 991 p.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero. En: Isonomía [En línea]. 2003, n.19 [Consultado el 1-12-21], pp.227-241. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000200010&lng=es&nrm=iso.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. 7ª ed. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2014. 180 p.

