

**Alma Mater Studiorum – Università di Bologna**

**DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE- PHD IN LEGAL STUDIES**

**Ciclo 31°**

**Settore Concorsuale: 12/D1**

**Settore Scientifico Disciplinare: IUS/10**

**LEGITTIMITÀ E LEGITTIMAZIONE. LA FONDAZIONE TEORICA DEL  
DIRITTO GLOBALE**

**LEGITIMIDAD Y LEGITIMACIÓN. LA FUNDACIÓN TEÓRICA DEL  
DERECHO GLOBAL**

**Presentata da: HECTOR IGLESIAS SEVILLANO**

**Coordinatore Dottorato**

**Supervisore**

**Prof. Andrea Morrone**

**Prof.ssa Claudia Tubertini**

**Esame finale anno 2019**

## Abstract:

Il Diritto pubblico occidentale ha vissuto fino al secolo XXI sotto il paradigma dello Stato-nazione e la territorialità, quello lo sappiamo. Ma questo non deve portarci ad inganno: né la concezione statalista del Diritto è esistita sempre in tutti i tempi, né pervivirá. Al contrario, è un modello perenne ed in retrocessione. La realtà giuridica di oggi si muove verso un Diritto positivo pluralistico, con molto poca coerenza interna, se è che costituisce in assoluto un ordinamento. Ma allora, che cosa succederà coi solidi fondamenti del Diritto statale? Diverranno inservibili concetti come parlamentarismo, potestà pubbliche, Legge o quello di Stato stesso? Bisognerà rinunciare ai risultati del Diritto dei secoli XIX e XX? Naturalmente, la risposta a queste domande è chiaramente negativa. Il Diritto dello Stato ed i suoi teorici hanno apportato una magistrale unità e coerenza all'ordinamento giuridico al quale il secolo XXI non può rinunciare. Orbene, allora i concetti creati sono validi per quello contesto, non ferma l'attuale. Quello che bisogna domandarsi non è tanto se nel Diritto di oggi stanno i concetti ottocenteschi, bensì come possono incardinarsi. È necessario, in definitiva una nuova teoria giuridica. Questa non sostituisce al Diritto dello Stato, almeno per il momento, nella misura in cui lo Stato è ancora oggi la realtà giuridica predominante. Ma sì che serviranno di fondamento per spiegare un mondo giuridico che esiste oltre il Diritto statale. Questo mondo che è essenzialmente sopranazionale, è quello che la dottrina ha chiamato "Diritto Globale." Il seguente passo, allora, posto vacante evidente. La domanda è che cosa il Diritto Globale è.

Su questo concetto ci sono stati già avvicinamenti dottrinali diversi, benché un concetto di consenso stia ancora per formarsi. I riferimenti all'internazionalizzazione delle relazioni amministrative esistono da lungo tempo. In Germania cominciò a trattare il concetto di Diritto Amministrativo Internazionale VON STEIN; in quello Diritto Francese, NÉGULESCO aveva scritto già alcuni principi di Diritto amministrativo internazionale negli anni trenta del secolo XX; in Spagna, nella stessa epoca, GASCÓN Y MARÍN si faceva eco della dottrina francese, ammettendo l'esistenza di una dimensione internazionale del Diritto pubblico, ed amministrativo in questione, e pertanto di un effetto sovrastatale delle norme giuridiche interne. Tuttavia, la fondamentale delimitazione tra il concetto della cosa sopranazionale e la cosa internazionale è posteriore.

La nostra proposta sarà il controllo del Diritto Globale per il Giudice nazionale, in modo simile a quello del Diritto Europeo: il Diritto Globale e le sue norme, gli norme private sovranazionali, sono un fenomeno tipico, nel senso que non è sistematico, ma che deve essere incluso nel sistema giuridico interno. A la natura democratica del Diritto Statale noi la chiamiamo la *legittimità*; al procedimento di controllo delle norme sovranazionali per il Giudice nazionale noi lo chiamiamo la *legittimazione*. Costruire questo procedimento di legittimazione è l'obiettivo di questo lavoro.

## AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo ha sido elaborado, como tesis doctoral, en la Universidad de Bolonia, en su *Scuola* de Administración Pública (SPISA) y gracias a una beca del Real Colegio de España en Bolonia. Son, por lo tanto, tres honores a los que debo hacer referencia separada.

El primero de ellos, el de haber formado parte como doctorando de la institución universitaria más antigua de Europa (y en su género cabría decir del mundo) es difícil de igualar. En este sentido, debo un especial agradecimiento institucional a la Universidad de Bolonia por acogerme como investigador, y por permitirme formar parte de su larga tradición, especialmente jurídica.

El segundo de estos honores es el de haber podido trabajar en uno de los centros de referencia, no sólo de la propia Universidad de Bolonia, sino de los estudios administrativos, de nuevo a nivel europeo y global, la *Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica* (SPISA). Este trabajo no sería posible sin el apoyo de dicha institución, de la que de nuevo tengo el privilegio de contarme como un alumno. Especial agradecimiento le debo a las dos personas que han guiado mi trabajo en este periodo, los Profesores LUCIANO VANDELLI y CLAUDIA TUBERTINI. De ambos he sentido un apoyo incondicional, tanto académico como personal, necesario siempre para culminar un estudio cuya aproximación innovadora no pretende preterir, sino al contrario honrar, la enorme tradición iuspublicista de la que es tributario.

El tercer honor al que hacía referencia no es, ni mucho menos, el tercero en importancia. Al revés, es probablemente el mayor honor que he tenido en mi vida, en conjunto. Pero como ser colegial del Real Colegio de España en Bolonia no puede explicarse con palabras, sino que sólo tiene sentido como experiencia vivida (y a la inversa, llena de sentido la vida de un colegial) me limitaré a los agradecimientos pertinentes, pero nunca suficientes. El primero, obviamente, a Don GIL ÁLVAREZ DE ALBORNOZ Y LUNA, cardenal primado de España y fundador de nuestro Real Colegio, y guía no ya intelectual o humano, sino sobre todo espiritual, sin duda de todos sus colegiales, y desde luego mío. Enorme agradecimiento le debo también a Don ÍÑIGO DE ARTEAGA Y MARTÍN, Duque del Infantado, q.d.e.p., Patrono de la Fundación que me nombró colegial, y también a Don IVÁN DE ARTEAGA Y DEL ALCÁZAR, Marqués de Ariza, cuyo apoyo a los colegiales con su presencia en el Colegio ha sido incondicional y sin duda reconfortante. No podría terminar este agradecimiento sin mencionar a Don JOSÉ GUILLERMO GARCÍA-VALDECASAS Y ANDRADA-VANDERWILDE, talento sin igual que nos deslumbró a todos como ha hecho con tantas generaciones de colegiales. No olvido tampoco a Don MAURICIO TRONCOSO REIGADA, quien me ayudó a entrar, como antiguo colegial, en esta inigualable

Casa, que para mi regocijo es hoy también mía. A su ayuda debo sumar la de otros muchos, pero haré especial mención a Don FRANCISCO JOSÉ FONTECILLA RODRÍGUEZ y a ENRIQUE GANDÍA PÉREZ, con cuyo apoyo en esta tarea de ser colegial siempre conté. La inspiración de ser colegial y mi primera fascinación por el Real Colegio de España se la debo sin embargo al Profesor Don ÁNGEL JOSÉ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, que la sembró en mi conciencia allá por enero de 2014. A todos ellos les debo, en mayor o menor medida, el honor inmenso de haber sido colegial. Ahora bien, el agradecimiento por haber disfrutado tan enormemente de este gran periodo de mi vida se lo debo especialmente a mis compañeros, entre los que cuento dos Decanos, Don IGNACIO GARCÍA ZAPATA y Don PEDRO ALEMANY NAVARRO dignos de una reseña en el *rebus gestis* escrita en letras de oro y un padrino, Don GABRIEL GARCÍA ESCOBAR y un ahijado, Don GABRIEL BALLESTA LUQUE, que han sido más hermanos que compañeros. Y no son menos los demás compañeros de colegiaturas anterior y posterior, pero especialmente los de la mía: a Don ALFONSO SÁNCHEZ GARCÍA, Don GUILLERMO MORALES JODRA, Don MIGUEL JOSÉ LÓPEZ-GUADALUPE PALLARÉS y Don RUBÉN LÓPEZ PICÓ, sinceramente, gracias.

Por último, doy paso a los agradecimientos personales. Todavía en el terreno académico, resulta inevitable mencionar a Don JORGE AGUDO GONZÁLEZ, auténtico guía para un trabajo que, como ya he dicho más arriba, requiere más la valentía de un buen director antes que el arrojo de un temerario doctorando, y además depositario de la tradición jurídica que compartimos en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid y que en último término nos lleva -como es notorio en el presente trabajo- al trabajo de Don ALFREDO GALLEGO ANABITARTE, q.d.e.p.

Fuera de este terreno, merece un especial agradecimiento por mi parte el Doctor Don ANTONIO ÁLVAREZ-VIEITEZ BLANCO, cardiólogo que en medio de la vorágine de la elaboración del presente trabajo supo diluir sombras e imprimir tranquilidad a mi vida. Y por supuesto, merecen agradecimiento por igual mis amigos más cercanos (el orden es indiferente): Don PEDRO MÉNDEZ DE VIGO Y PUIG DE LA BELLACASA -muy insistente para que pidiera esta beca, lo cual le agradezco- y Don JOSÉ LUIS ITUARTE MARTÍNEZ-PEÑALVER, que tantas veces me ha apoyado y soportado, y no sé si es consciente de todo lo que me ha ayudado en mi vida.

Por último, no puede faltar el agradecimiento a mi familia. Decir que dedico este trabajo en concreto a alguno de ellos sería sencillamente una tremenda simplificación. Todo lo que hago en mi vida, desde lo más prosaico a lo más complejo, incluyendo obviamente este trabajo, lo hago en honor de ELISARDO IGLESIAS PARDO y MANUEL SEVILLANO BRUN, q.d.e.p. Y todo lo que haga en su honor será siempre insuficiente. Dicho esto, añado este trabajo al acervo de mis

mediocridades aunque sólo sea para honrarle a él y para, humildemente, contribuir al florecimiento de las Artes de la Paz.

En Madrid, a 20 de enero de 2019.

Héctor Iglesias Sevillano y Brun.



## ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
INTRODUZIONE.....	6
PRÓLOGO.....	32
I. LAS PREGUNTAS. LA NATURALEZA DEL DERECHO, EL ESTADO Y LA LEGITIMIDAD.....	34
1. El paso previo: la pregunta por el Derecho.....	34
a) La irrupción del pluralismo global como presupuesto.....	34
b) Hacia un nuevo concepto de Derecho.....	43
2. El Derecho como concepto definido .....	47
3. Hacia una teoría filológica del Derecho .....	53
4. El Estado y su concepto: personalidad jurídica y soberanía .....	61
a) <i>El Estado como concepto extrajurídico</i> .....	67
b) <i>El Estado como concepto jurídico</i> .....	70
c) <i>La personalidad jurídica del Estado</i> .....	72
d) <i>Referencia sucinta al concepto de Estado en el Derecho Internacional Público</i> .....	80
5. La Administración pública.....	83
6. El Derecho administrativo.....	89
7. El Estado Social.....	93
8. Derecho público y Derecho privado.....	96
9. El ciudadano-administrado. Derechos de los ciudadanos.....	101
<i>EXCURSUS I</i> sobre el concepto de ciudadanía en Roma y su relación con la <i>res publica</i> .. ...	105
10. Nación, Pueblo y titularidad parlamentaria de la potestad legislativa.....	111

11. El resto del sistema de fuentes en España y su legitimidad <i>menor</i> desde el punto de vista del legalismo: la costumbre.....	133
<b>II. LAS RESPUESTAS: LEGITIMIDAD Y LEGITIMACIÓN EN EL Derecho global.....</b>	<b>142</b>
1. Estado, Derecho y Sociedad. ¿Una relación ideal o material?.....	142
2. ¿Legalidad y Legitimidad, todavía?.....	148
<i>EXCURSUS II. Enrique II de Castilla como inventor de la modernidad .....</i>	<i>151</i>
3. Legitimidad y Legitimación: de la sociología del Derecho a la dogmática jurídica.....	156
4. La legitimidad global frente al <i>nomos</i> de la Tierra.....	160
<b>III. ANÁLISIS DEL DERECHO GLOBAL.....</b>	<b>164</b>
1. Introducción metodológica.....	164
2. La teoría del Derecho y el discurso metodológico ante las normas privadas supranacionales.....	170
a) Justificación de la aproximación metodológica .....	170
b) ¿Una metodología en las normas privadas supranacionales?.....	175
3. La formación de los conceptos.....	178
a) El Derecho global.....	179
b) El ciudadano corporativo.....	180
4. La formación de los tipos (sobre el concepto de norma jurídica).....	188
5. La teoría dogmática de la incorporación de las normas privadas supranacionales al Derecho del Estado.....	192
5.1. Derecho público frente a Derecho privado: una necesaria discusión previa.....	192
5.2. Tópica y sistemática en las normas privadas supranacionales.....	196



5.3. La sistematización mediante la teoría de la recepción y su alegación en el proceso...	200
5.4. El llamado Derecho blando o “ <i>soft law</i> ”	203
6. Conclusión Parte III	205
<b>IV. EL FENÓMENO DEL DERECHO PÚBLICO GLOBAL Y SU CONTROL</b>	<b>207</b>
1. El nuevo pluralismo frente al viejo monismo: el Derecho global en general y la superación del principio de territorialidad	222
2. El Derecho global en España	213
3. ¿El concepto de Justicia como monismo?	217
4. Una diferencia de perspectiva: el Derecho administrativo internacional, global o supranacional. La supranacionalidad como fenómeno en el Derecho administrativo	224
4.1. La propuesta norteamericana: el Derecho administrativo global	224
4.2. La propuesta alemana: el Derecho administrativo internacional	231
4.3. La discusión en la doctrina italiana: ¿ <i>Diritto amministrativo globale</i> o carácter estatal del Derecho público?	236
5. Semblanza brevísima del estudio de Sectores	241
5.1. El sector financiero y bancario	241
5.2. El medioambiente	243
5.3. Otros sectores	246
6. Conclusión de la Parte IV	258
<b>CONCLUSIONI FINALI</b>	<b>260</b>
Bibliografía	281



## INTRODUZIONE

### 1. La nascita del diritto globale.

Il Diritto pubblico occidentale ha vissuto fino al secolo XXI sotto il paradigma dello Stato-nazione e la territorialità, quello lo sappiamo. Ma questo non deve portarci ad inganno: né la concezione statalista del Diritto è esistita sempre in tutti i tempi, né pervivirá. Al contrario, è un modello perenne ed in retrocessione. La realtà giuridica di oggi si muove verso un Diritto positivo pluralistico, con molto poca coerenza interna, se è che costituisce in assoluto un ordinamento. Ma allora, che cosa succederà coi solidi fondamenti del Diritto statale? Diverranno inservibili concetti come parlamentarismo, potestà pubbliche, Legge o quello di Stato stesso? Bisognerà rinunciare ai risultati del Diritto dei secoli XIX e XX? Naturalmente, la risposta a queste domande è chiaramente negativa. Il Diritto dello Stato ed i suoi teorici hanno apportato una magistrale unità e coerenza all'ordinamento giuridico al quale il secolo XXI non può rinunciare. Orbene, allora i concetti creati sono validi per quello contesto, non per l'attuale. Quello che bisogna domandarsi non è tanto se nel Diritto di oggi stanno i concetti ottocenteschi, bensì come possono essere inclusi. È necessario, in definitiva una nuova teoria giuridica. Questa non sostituisce al Diritto dello Stato, almeno per il momento, nella misura in cui lo Stato è ancora oggi la realtà giuridica predominante. Ma sì che serviranno di fondamento per spiegare un mondo giuridico che esiste oltre il Diritto statale. Questo mondo che è essenzialmente sopranazionale, è quello che la dottrina ha chiamato "Diritto Globale." Il seguente passo, allora, posto vacante comprensibile. La domanda è che cosa il Diritto Globale è. Su questo concetto ci sono stati già avvicinamenti dottrinali diversi, benché un concetto di consenso stia ancora per formarsi. I riferimenti all'internazionalizzazione delle relazioni amministrative esistono da lungo tempo. In Germania cominciò a trattare il concetto di Diritto Amministrativo Internazionale VON STEIN<sup>1</sup>; in quello Diritto Francese, NÉGULESCO aveva scritto già alcuni principi di Diritto amministrativo internazionale negli anni trenta del secolo XX<sup>2</sup>; in Spagna, nella stessa epoca, GASCÓN Y MARÍN si faceva eco della dottrina francese, ammettendo l'esistenza di una dimensione internazionale del Diritto pubblico, ed amministrativo in questione, e pertanto di un effetto soprastatale delle norme giuridiche interne<sup>3</sup>. Tuttavia, la fondamentale delimitazione tra il concetto della cosa sopranazionale e la cosa internazionale è posteriore. Nel secolo XX lo Stato era il centro assoluto del potere pubblico, e tutto quello che stava al di sopra della sua portata materiale era necessariamente internazionale, cioè, era la zona delle relazioni tra Stati che era la cosa unica che c'erano oltre questi. Al contrario, attualmente dobbiamo distinguere tra la cosa internazionale,

---

<sup>1</sup> VON STEIN (1882): Einige Bemerkungen über das internationale Verwaltungsrecht, *6 Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, p. 395.

<sup>2</sup> NÉGULESCO, P. (1935): Principes du droit international administratif, *RECUEIL DES COURS*, n. 51, p. 579.

<sup>3</sup> Vid. GASCÓN Y MARÍN, J. (1933): *Derecho Administrativo*, Madrid: C. Bermejo, vol. II, págs. 5-16.

fenomeno che ovviamente continua ad esistere, e che studia il Diritto Internazionale Pubblico, e la cosa sopranazionale, cioè, quello che sta più in là, non necessariamente più su, del proprio Diritto dello Stato. Questa è una denominazione ognicomprendente per qualunque fenomeno giuridico no-statale che permette includere le norme private sovranazionali, quelle disposizioni di natura tanto strana, che fino a fa poco non sarebbero stati ammesse come una categoria giuridica<sup>4</sup>.

Pertanto, chiariamo già il dibattito intorno al nome che più tardi vedremo riprodotto in quello che riguarda al Diritto Amministrativo Globale. Diritto Globale è un concetto nitidamente nordamericano, di significato ambizioso, cioè, di tutto il globo, e potenzialmente superiore a lui, se prendiamo il concetto della cosa globale in senso figurato, ed abitualmente con una sfumatura economica, perché è il duplicato giuridico della globalizzazione politica ed economica. Così, ancora quando protegga i diritti umani, ci sarà un importante contenuto economico nella sua regolazione. Se volessimo opporre al senso economico di questo ordinamento una prospettiva più ampia di interessi, probabilmente lo qualificheremmo come "Diritto mondiale", correlativamente con la pretesa opposizione tra globalizzazione come fenomeno economico e mondializzazione come fenomeno culturale. Per contro, se volessimo mettere l'enfasi nella difesa dei diritti umani, lo chiameremmo "Diritto Umanitario"<sup>5</sup>. I due ultimi termini non ha avuto il successo nella dottrina di quello di Diritto Globale, e è logico. Questi concetti esprimono il contenuto del Diritto al quale denominano. La centralità dell'economia nel Diritto Globale ci porta a scegliere questo nome sugli altri, perfino intuitivamente, per evitare una denominazione che non possa concordare con la realtà. La cosa "globale" è oggi quella che sovverte l'ordine nazionale, regionale o locale, e si alza ad un livello sopranazionale, specificamente in virtù di una valutazione di tipo economico.

Il Diritto Globale, come concetto formato, è indubbiamente risultato di un contesto politico, economico e giuridico di globalizzazione. Per questo motivo, parlare del Diritto Globale, in generale, è parlare della globalizzazione del Diritto. SHAPIRO fu pioniere in mettere la questione sul tavolo<sup>6</sup>. Il professore nordamericano spiegò che il fenomeno specificamente cosciente come globalizzazione del diritto si riferisce ad una tendenza contemporanea a sottomettersi alle stesse norme giuridiche, indipendentemente del posto del mondo nel che l'individuo si trovi. Tuttavia, l'unità del concetto finisce qui: le regole del diritto globale possono essere imposte tanto per un solo individuo che disponga di mezzi propri di coercizione, possono impiantarsi per un consenso globale, oppure semplicemente possono essere il prodotto di un'evoluzione convergente di sistemi giuridici

---

<sup>4</sup> Come riassumono delle teorie che basano questa esclusione, v. DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2016): El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?, *RAP*, 199, 11-49.

<sup>5</sup> DOMINGO OSLE, R. (2008): ¿Qué es el Derecho Global?, *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid. DOMINGO OSLE, R. (2009): La pirámide del Derecho Global, *Persona y Derecho* 60.

<sup>6</sup> SHAPIRO, M. (1993): The Globalization of Law, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1, pp.37-64.

molto differenti. Quello che è sicuro che il diritto globale non proviene da un consenso tra Stati, perché non è politicamente immaginabile, né all'inizio degli anni novanta né oggi, l'elaborazione per lo Stato-nazione di un diritto globale unificatore che sovvertirebbe suo proprio potere tra altre cose. In quello momento, osservò anche il professore nordamericano, il diritto globale era un fenomeno molto ristretto, ed in ogni caso molto focalizzato verso un certo tipo di settori - soprattutto di natura economica - e contestualizzata nella gran giuridificazione della vita privata prodotta dal secolo XIX. Di lì l'enfasi nella globalizzazione del diritto commerciale, soprattutto dell'americano, ed anche della crescente importanza degli avvocati nella società.

Veda con venticinque anni di prospettiva, la sua tesi non ha fatto altro che confermarsi, benché sia già alcuni realtà che possiamo constatare, ed alcuni progetti che possono sfumarsi. Naturalmente, rimane molto lontano da sembrare vitale la possibilità di una fortuna di "Costituzione Globale" scritta che è a giorno di oggi più un'utopia che una proposta giuridicamente credibile. Il costituzionalismo globale è già una materia di dibattito consolidata in Europa, tanto nella dogmatica tedesca<sup>7</sup>, in qualche caso con partecipazione spagnola<sup>8</sup>, come nell'italiana<sup>9</sup>. L'opzione che il diritto globale sia il prodotto di ordinamenti convergenti è, nella nostra opinione, la migliore ipotesi per spiegare il fenomeno. Il diritto globale costituzionale consisterebbe in un insieme di principi condivisi ed universalmente accettati per gli Stati che permettesse garantire alcuni livelli minimi di sicurezza costituzionale dentro il territorio di ogni Stato, allo stesso modo che promuoverebbe lì i valori fondamentali dello Stato di diritto dove, a giorno di oggi, non è arrivato. E tutti questi sono risultati che non richiedono in assoluto di un testo scritto e giuridicamente rigido per essere impiantati, ma basta con la sua accettazione simultanea e progressiva da parte dei propri individui statali.

Tuttavia, questo schema è inapplicabile in un ambito cruciale del diritto globale, quello della produzione normativa. Per esempio, non potremmo fondare una normativa tecnica in materia di sicura come quella dell'Associazione Internazionale di Mercati di Capitali, *International Capital Market Association*, in meri principi giuridici. La dogmatica di principi è indispensabile nel diritto globale, ma sottosta sempre a regole concrete. Per impiantare queste regole è necessario un potere capace di articularli e di imporli. Orbene, la teoria del consenso globale proposta per l'autore nordamericano KINGSBURY<sup>10</sup> sembra difficile da materializzare. La stessa associazione menzionata adotta le sue

---

<sup>7</sup> VON BOGDANDY, A./DANN, P./GOLDMANN, M. (2008): Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities, *German Law Journal* 9-11, pp. 1375-1400.

<sup>8</sup> STOLLEIS, M./PAULUS, A./GUTIERREZ, I. (2013): El Derecho constitucional de la globalización, *Fundación Coloquio Jurídico Europeo*, Madrid.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, L. (1996): Beyond Sovereignty and Citizenship: a Global Constitutionalism, en BELLAMY, R. (Ed.) (1996): *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Avebury: Aldershorst/Brookfield.

<sup>10</sup> KINGSBURY, B. (2009): The Concept of "Law" in Global Administrative Law, *ILJ Working Paper* 2009/1.

norme per consenso tra i suoi membri, per certo, in generale dell'ambito europeo, ma questo non significa che quello consenso possa equipararsi ad un consenso universale. In virtù della teoria del riconoscimento che esporremo, queste norme sono solo efficaci direttamente di fronte all'individuo obbligato se questo li riconosce come applicabili a sé stesso. Pertanto, il consenso non è sufficiente per fondare l'esistenza delle norme private sovranazionali, e per ende del diritto globale. Un potere concreto è necessario che sia capace di elaborare le norme, ed occasionalmente anche che abbia un certo potere di coercizione, benché non abbia potestà per imporre una norma come obbligatoria se questa non è riconosciuta dall'individuo obbligato. Ma almeno, sé che può esercitare pressione reale nel mercato per imporre la sua norma. Orbene, se un autore ha studiato in profondità il fenomeno del diritto globale, e specificamente il diritto globale, questo è stato S. CASSESE<sup>11</sup>. Entreremo più avanti in maggiore profondità nei suoi lavori, ma ora ci centriamo la sua costruzione di un concetto di diritto globale. Per il professore italiano, il diritto globale è tanto frammentario come lo statale, ma presenta tre difetti. Manca la qualità di ordinamento giuridico ed un governo comune; manca legittimazione; e manca efficacia. Mancano, in definitiva, principi e regole generali, soprattutto tenendo in conto il diverso numero di entità pubbliche e private che partecipano a questo ordinamento. Qui, l'autore italiano giunge alle stesse conclusioni che noi: la legittimazione del diritto globale non può raggiungersi mediante una fortuna di parlamentarismo cosmopolita che non esiste nel mondo attuale, e non può avere efficacia senza la collaborazione dello Stato che riafferma così la sua posizione di pezzo chiave del diritto, perfino del globale.

Ma effettivamente, come sicuramente ci ricorda il proprio CASSESE<sup>12</sup> l'aspetto più complicato del diritto globale è quello nel quale intervengono individui privati non appartenenti né rappresentanti di nessun Stato, come negli esempi che mette l'autore, ICANN, Corporazione di Internet per l'Assegnazione di Nomi e Numeri, ed IOSCO, Organizzazione Internazionale di Commissioni di Valori. È effettivamente così, benché li sia anche già con un gruppo innumerevole di entità sopranazionali, tali come il Comitato di Basilea o l'Organizzazione Internazionale di Standardizzazione. Come soluzione, propone attenuare il deficit democratico con due strumenti giuridici. In primo luogo il, mediante meccanismi di legittimazione alternativi. Certamente, non è molto chiaro quali questi potrebbero essere. Si parla di commissioni con partecipazione tanto dell'Amministrazione come della società civile che collaborerebbero nell'elaborazione di standard

---

<sup>11</sup> In opere diverse, vid. CASSESE, S. (2009a): *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, p. 11 (hay traducción española de GUTIÉRREZ ALONSO, J.J.: CASSESE, S. (2010): *El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado*, Editorial Derecho Global, Global Law Press, Sevilla. CASSESE, S. (2009b): *I Tribunali di Babele, I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma. CASSESE, S. (2010): Is There a Global Administrative Law?, en VON BOGDANDY, A./ WOLFRUM, R./VON BERNSTOFF, J./DANN, P./GOLDMANN, M. (Eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Springer, Heidelberg, p. 761 è anche CASSESE, S. (2015): *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 5ª ed, Milán: Giuffrè Editore.

<sup>12</sup> CASSESE (2009a: 28).

normativi, quello che si chiama abitualmente democrazia deliberativa, democrazia dibattimentale. La cosa certa è che queste istituzioni esistono già in molte entità internazionali, come per esempio nel proprio Comitato di Basilea che ammette osservazioni nel procedimento di elaborazione dei suoi standard. Ma di nuovo, la natura diversa e cangiante delle entità private internazionali fa difficile esigere sistematicamente le stesse istituzioni in tutti i regolatori privati. La circostanza ottima sarebbe che queste istituzioni esistessero sempre, ma in ogni caso devono convivere col controllo della norma da parte dello Stato.

Un'altra opzione per legittimare democraticamente le norme private sovranazionali sarebbe stabilire una serie di contrapoteri che sottomettersero a controllo alla propria norma. Ma bisogna essere coscienti dei limiti di questo sistema. In primo luogo, la protezione statale si svilupperebbe quasi senza eccezione per la via giudiziale. Il giudice ordinario si convertirebbe, senza dubbio, nel nuovo difensore della Costituzione, e per ende staremmo davanti ad un sistema diffuso. Sul Giudice che è nella nostra opinione, il protagonista della vita giuridica del secolo XXI, ricade tutta la responsabilità dell'introduzione dell'elemento "forestiero" nel sistema, tanto se si tratta di una norma transnazionale, sposo dell'ordine di registro di abitazione di un'autorità pubblica di un altro Stato membro, come se si tratta della nostra ipotesi, una norma privata internazionale.

Ma, significa questo che la protezione sarà puramente casistica e senza ambizione di costruire una teoria generale? Non necessariamente. Crediamo che il protagonismo del Giudice debba essere correlativo ad un avanzamento nella propria concezione della giurisprudenza: le decisioni giudiziali devono servire per costruire progressivamente un ordine giuridico coerente, integrando gli elementi dissimile, e non alla rovescia, per scomporlo in un numero indicibile di sentenze topiche, come a volte sembrava essere il rischio che correva il concetto positivista del sistema giuridico. D'altra parte, e questo se è certo, si controlla l'applicazione di ogni norma nel caso concreto, non la norma astrattamente, si controlla niente affatto alle entità private sopranazionali. Questo non osta a che, legislativamente, potesse attribuirsi ad una Amministrazione nazionale, o ad un insieme di esse, facoltà di vigilanza ed ispezione sulle entità private internazionali, per esempio. Questa condotta genererebbe i suoi propri problemi di conflittualità delle Amministrazioni tra sé e coi cittadini corporativi. In ogni caso, rimane chiaro che è indispensabile la via dei principi generali del diritto come livello minimo di controllo giuridico dell'esercizio sopranazionale del potere pubblico, benché la sua valutazione si possa fare solo davanti ad un organo giudiziale nazionale.

Infine, per fare una semblanza del diritto globale - necessariamente, una breve semblanza -, vediamo che cosa è quello che ha esposto la dottrina spagnola nella materia. Oltre all'avvicinamento

del Diritto pubblico, specialmente amministrativo<sup>13</sup> un'opera monografica rilevante nel diritto spagnolo è venuta precisamente dalla mano di un storiografo iusprivatista, DOMINGO<sup>14</sup> che si è sforzato in formulare un concetto di diritto globale ben motivato in principi di diritto, con abbastanza riuscita nella nostra opinione. Spostando la questione della nomenclatura come secondaria, ammette l'espressione Diritto globale, benché menzioni altri possibili, tra le che include "Diritto comune dell'Umanità", "Diritto cosmopolita" o "Diritto mondiale." Questi termini il cui uso non è in vano, ci situano davanti ad una prospettiva concreta del diritto globale: quella che vuole vedere in lui una presa di potere dell'insieme dei cittadini del mondo di fronte a terzi poteri di controllo, carta che è stato svolto negli ultimi secoli per lo Stato. Tuttavia, notiamo già più sotto alle cautele che dobbiamo avere con questo progetto: non bisogna idealizzare questo nuovo ordine giuridico, bensì al contrario, la priorità deve essere sempre sottomettere a controllo i nuovi poteri che appaiono in lui. Ritorneremo più sotto a questa opera, quando ci centriamo in un'analisi dei principi del diritto globale. Altri autori hanno dato un punto di vista distinto nell'analisi del diritto globale, con un tono più critico e sottolineando alcune delle sue imperfezioni. Per ESTEVE il diritto globale appare in un mondo di incertezza, quando l'ordinamento giuridico non è capace di dare risposta ai problemi del mondo moderno con le certezze tradizionali. Il diritto pubblico starebbe derivando in una costante cessione ad una volontà tecnocratica vincolata a mani private, bene mediante clausole o principi tecnici, come il principio di precauzione, o le eccezioni settoriali ed i concetti stragiuridici che finiscono svisando il contenuto dell'ordinamento giuridico, lasciando senza efficacia la regola generale per la maggioranza dei casi particolari<sup>15</sup>. D'altra parte, BALLBÉ ha messo la globalizzazione giuridica in relazione con l'americanizzazione, fenomeno già concorde nella globalizzazione politica ed economica.

Così, risulta che seguendo la tradizione giuridica nordamericana, protestante ed individualista, arriveremmo ad una base solida per la configurazione di un diritto sopranazionale, sostituendo così la struttura gerarchica delle Amministrazioni continentali, concetto tanto altrui al diritto

---

<sup>13</sup> MIR PUIGPELAT, O. (2004): *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid MIR PUIGPELAT, O. (2015): ¿Autorregulación y organismos modificados genéticamente? El sector biotecnológico como contramodelo, en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I. (2015): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons; GUICHOT, E. (2012): *Globalización jurídica y Derecho Público. Recientes aportaciones en la doctrina europea*, RAP 187, pp. 305-326.

<sup>14</sup> DOMINGO OSLE, R. (2006): ¿Por qué un Derecho Global?, en DOMINGO, R./ SANTIVÁÑEZ, M./CAICEDO, A. (Coord.), *Hacia un Derecho Global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Thomson-Aranzadi, Navarra, p. 24. DOMINGO OSLE, R. (2008): ¿Qué es el Derecho Global?, *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid. DOMINGO OSLE, R. (2009): La pirámide del Derecho Global, *Persona y Derecho* 60. DOMINGO OSLE (2012): Gayo, Vattel y el nuevo paradigma jurídico global, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 96, pp. 99-123.

<sup>15</sup> ESTEVE PARDO, J. (2015): La Administración garante. Una aproximación, *Revista de administración pública*, n° 197, pp. 11-39. ESTEVE PARDO, J. (2016): Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias de Derecho público, en DARNACULLETA GARDELLA, M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I. (2016): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons.



nordamericano come al diritto globale<sup>16</sup>. Altre critiche comuni sono, ovviamente, la discutibile legittimità democratica delle norme private sovranazionali, la sua influenza nella crisi della Legge formale e la decostruzione dello Stato, affermando l'esistenza di poteri pubblici alternativi a questo, quando precisamente lo Stato si resse negando quelli poteri<sup>17</sup>.

Da una parte, risulta che l'incertezza è connaturale all'oggetto del diritto che è la propria società, per quanto alcuni fattori scientifici o tecnologici portino alla sua massima espressione questa caratteristica nei tempi contemporanei. La scienza e la tecnica sono, insieme all'economia, le due grandi cause immediate del diritto globale: le norme private sovranazionali possono risolvere problemi di una difficoltà tecnica o scienziata che stanno solo a portata di esperti, possono farlo con più perizia che un organo legislativo e possono farlo essendo economicamente più efficienti. Questo, tuttavia, non trasforma alle norme private sovranazionali in niente somiglianza alle sostitute della Legge parlamentare, perché nessun vantaggio tecnico può spostare alla legittimità democratica, della che queste norme mancano.

In quanto alla natura nordamericana del diritto globale, bisogna ipoteticamente prendere simile affermazione con delicatezza. È certo che il maggiore influenza economica e giuridica sul diritto globale proviene dal nordamericano, come è certo che il suo sistema giuridico è stato il primo ad aprirsi al fenomeno, per opposizione alla lentezza, quando non resistenza degli ordinamenti dell'Europa continentale. Ma d'altra parte, l'analisi della storia giuridica nordamericana di reminiscenze weberiane che situa al paese protestante come individualista ed intraprendente di fronte al cattolico erede di una forte struttura gerarchica, tanto ecclesiastica come più avanti regia, essendo suggerente, deve essere preso con molta cautela.

Il dibattito storico sull'origine di una Amministrazione rigida e gerarchizzata ci supera, ma è comprensibile che il riconoscimento dell'esistenza del diritto globale non ci trasforma necessariamente in individualisti del secolo XIX, né necessariamente sono i suoi progetti gli specchiati a livello sopranazionale. Sé che è rappresentata nel diritto globale la tradizione liberale imprenditrice, quello è indubbio ma non lega niente affatto al diritto globale ad una determinata idiosincrasia sociale. In realtà, al contrario, si può dire che la causa remota del diritto globale è precisamente la contraria, una struttura sociale atomizzata che deve essere vertebrata ed organizzata, e che si organizza privatamente, ma esercitando poteri che sono materialmente amministrativamente potestà pubbliche proprie di comunità molto organizzate. È la società di

---

<sup>16</sup> BALLBÉ, M. (2007): El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización, *RAP* 174.

<sup>17</sup> MARCILLA CÓRDOBA, G. (2005): “Desregulación, Estados Social y proceso de globalización”, *Doxa*, n.28, pp. 239-263.

corporazioni quella che adotta le formule del potere pubblico, più che inventare formule nuove per esercitare suo proprio potere<sup>18</sup>.

Infine ed in quanto alle critiche abituali di fronte alle norme private sovranazionali, questi sono già un classico nella dottrina del diritto globale. Durante il presente lavoro pretendiamo di dare risposta ad alcune di esse, specialmente alla legittimazione democratica, mediante la teoria dell'accoglienza ed il controllo da parte dell'organo giudiziale statale. Ma c'interessa fissarci ad una critica concreta, la decostruzione dello Stato. Questa è una teoria molto rivelatore. Effettivamente, se consideriamo che lo Stato moderno si è imposto storicamente negando il potere a qualunque altra entità alternativa, sta domandarsi perché ora si permette la sua decentralizzazione verso ambiti non statali. La risposta è, semplicemente, che la complessità del mondo attuale fa inevitabile quello giro alla decentralizzazione. In questo senso, ritorniamo al paradigma dell'incertezza. Il mondo attuale, per un solo legislatore, è semplicemente incontrollabile. Col risultato che la decentralizzazione del potere sia una realtà inevitabile, ed il riconoscimento delle norme private sovranazionali come vincolanti una necessità per la protezione dei diritti e libertà dell'individuo.

Un altro aspetto a trattare, al filo della cosa anteriore, è la relazione di diritto globale con la crisi economica di 2008 e gli anni posteriori. Essendo la crisi economica un fenomeno globale, la risposta apportata per le autorità pubbliche dovette essere altrettanto globale. In quanto al giudizio che merita quell'attuazione, non ci pronunciamo. Quello che è comprensibile è che il diritto globale si consolida come un ordine giuridico definitivo una volta superati i peggiori momenti della crisi economica: la cosa critica della situazione suggeriva precisamente che le soluzioni fossero globali, e questo è giuridicamente solo possibile di una maniera: mediante il diritto globale. Il mondo posteriore alla crisi economica è perfino più interdipendente di quello che era già, quello che lascia un'ampia strada spedita per il trionfo del diritto globale come risposta unificatrice.

Come esempio del consolidamento del diritto globale durante e dopo la crisi economica di 2008, riscossero un enorme protagonismo cittadini corporativi già esistente capace tanto di emettere regolazioni come giudizi di enorme importanza per la stabilità economico mondiale, includendo ai propri Stati. E tuttavia, questi attori erano stati ignorati per decenni per il diritto statale<sup>19</sup>. Siamo parlando, soprattutto, delle già celeberrime Agenzie di Qualificazione Creditizia, ora già pienamente incorporate al nostro vocabolario politico ed economico. Tuttavia, il fenomeno non è unico: davanti al potere che hanno raggiunto simili agenti privati, la reazione dello Stato non può

---

<sup>18</sup> Sopra il cittadino corporativo vid. SLAUGHTER (2004 a y b) chi incorpora l'idea dei *governement networks*; BERMAN (2005:550), TEUBNER y KORTH (2009), ZUMBANSEN (2012:328) y (2013:14) é CAFAGGI, F. (2017): *Transnational Private Regulation: Regulating Private Regulators*, CASSESE, S. (ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, págs. 212-242.

<sup>19</sup> Vid. infra Parte I, Cap. 3.2, e anche GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2005): *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid: Marcial Pons, pág. 249.

essere né proibirli, è impossibile, perché rimangono fuori della portata del diritto statale, né neanche lasciare i suoi atti e disposizioni senza effetti, e è anche dubbioso che abbia effetto alcuno costituire agenti alternativi in mani delle Amministrazioni Pubbliche. Dal punto di vista del diritto globale, quello che corrisponde è ammettere la sua esistenza, e sottometterli a regolazione e controllo, includendo un controllo di garanzie minime nel suo procedimento di esame per l'applicazione dei suoi standard a livello statale. È anche certo che nell'esempio concreto delle Agenzie di Qualificazione ci troviamo davanti ad una sfida difficile, perché è inevitabile che sia dato loro un certo riconoscimento internazionale da parte degli investitori - che d'altra parte non hanno un relativo più solido per qualificare i crediti che acquisiscono -. L'adattamento del diritto dello Stato al fenomeno della cosa globale, in definitiva, è una strada per fare, al quale il presente lavoro pretende contribuire.

Ma, è il concetto di Giustizia un monismo?<sup>20</sup> Abbiamo detto che la realtà giuridica attuale è un pluralismo. Effettivamente, è un pluralismo di norme. Dal punto di vista del diritto positivo, non c'è unità possibile tra tutte le norme esistenti nell'attuale diritto globale. Ma dobbiamo domandarci se non sottosta a questa realtà plurale un'unità di valori che la sostenga. Al fine ed il capo, non è la prima volta nella storia del diritto che questo si comporsi di un insieme plurale di norme. Curiosamente - o non - il diritto naturale risorge in tempi di pluralismo giuridico. È stato il monismo statalista quello che ha servito per giustificare ogni tipo di relativismi nella concezione della Giustizia, sul fondamento che la sovranità statale è un potere legittimato di natura per decidere come configura e che contenuto dà al suo proprio concetto di Giustizia. Tuttavia, sembra che in contesti giuridico pluralistico posto vacante necessario trovare un fondamento comune ad una realtà frammentaria. Col risultato che questi siano momenti di recupero di un monismo nel concetto di giustizia. In questo lavoro crediamo che questo può essere il caso del nostro contesto storico.

Il nostro monismo del concetto di giustizia sarà differente del concetto tradizionale di diritto naturale, perché il puro contesto l'impone: non può argomentarsi oggi il fondamento giuridico di un pluralismo come nel secolo XVI. Il verso il diritto attuale deve essere quello dei principi giuridici. La dogmatica dei principi fu ripresa nella seconda metà del secolo XX come risposta agli eccessi prodotti per l'eccessivo potere centralizzato dello Stato, e nasce pertanto nello stesso seno dal diritto statale, precisamente con l'obiettivo di sottometterlo a pieno controllo. Perché bene, la messa a fuoco dei principi generali, centrato nel secolo XX nel controllo del potere statale, bisogna girarlo verso il controllo della funzione normativa sopranazionale, frammentato di natura.

---

<sup>20</sup> DOMINGO OSLÉ, 2007:215. Il pluralismo giuridico è la conseguenza di un paradigma costituzionale cosmopolita. Vid. DOMINGO OSLÉ (2012:117) e KUMM, M. (2009): *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and Beyond the State*, DUNOFF, J.L., TRACHTMAN, J. (eds.) (2009): *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, págs. 263-264.

La dogmatica di principi che ereditiamo del secolo XX, tuttavia, è inevitabilmente motivata nel diritto dello Stato, e nelle ultime decadi nella sua norma fondamentale, la Costituzione. Nel diritto globale, i principi giuridici fondamentali dello Stato servono ancora ad una funzione: le garanzie minime del cittadino. Lo Stato si situa nella posizione di Stato garante di maniera si trasforma nel protettore del cittadino nell'applicazione delle norme private sovranazionali. Questo lo svilupperemo già più avanti. La questione è che, sebbene la dogmatica dei principi generali del diritto dello Stato segue vigente, ora solo non mangio metodo di controllo dell'attività dello Stato, cioè, ad intra, ma anche come metodo controllo per lo Stato dell'attività esterna a sé stesso, cioè, ad extra, contemporaneamente abbiamo bisogno un'altra dogmatica di principi parallela, un applicabile direttamente al diritto globale. Cioè che nel controllo del diritto globale abbiamo doppiamente un controllo del diritto globale abbiamo un doppio filtro di principi: in primo luogo, la teoria dei principi del diritto globale che possiamo costruire a livello sopranazionale, e la teoria dei principi generali del diritto dello Stato, già eccessivamente consolidata. Ed ancora così, non possiamo evitare di ritornare all'origine delle teorie che parlano di un diritto di valori universali, nonostante l'origine nordamericano di la discussione<sup>21</sup>. Partire di tale fondamento c'obbliga a ritornare di nuovo ai principi della teoria del diritto, forse alla Scuola di Salamanca stessa. C'è necessario poco meno che una teoria dei giusti titoli specificamente applicabile al diritto globale per sapere che cosa è quello che dobbiamo permetterlo e quello che no. È legittimo che un'entità sopranazionale privata legiferi su materie di alta complessità tecnica, ma che a quelle che contemporaneamente sottosta una volontà politico-giuridica che si abduce del legislatore democratico? Può ammettere lo Stato quelle norme di origine non sistematico? Che cosa facciamo, per esempio, con quello *totum revolutum* di norme globali che includono gli accordi collettivi internazionali, le convenzioni di Basilea<sup>22</sup> o le *blockchains*?

In fondo, quello che stiamo domandando è che cosa può e che cosa un'entità privata sopranazionale non può fare, ma dato che non possiamo applicargli direttamente nessuna norma in concreta, dobbiamo estrapolare già altre teorie sull'*ius gentium* esistenti. Il diritto globale deve essere un diritto di valori universali. Innanzitutto, questo permetterà di omogeneizzare il concetto nella sua applicazione internazionale. Dobbiamo aspirare a costruire un diritto globale, non molti. Ma prima di costruirlo, dobbiamo rispondere ad una domanda previa: l'applicazione pratica di quelli principi. Per esempio, se un individuo obbligato, società mercantile del settore agroalimentare, riconosce come applicabile a sé stesso la norma ISO 22000 - un'importante norma in questa materia -, la teoria generale del diritto globale può esigere certi principi per essere compiuti, ma non c'è forma di

---

<sup>21</sup> BALLBÉ, M. (2007): "El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización", RAP 174.

<sup>22</sup> Sulla Convenzione di Basilea vid. DE BELLIS (2012).

imporli. L'unico sistema efficace di controllo è quello dell'organo giudiziale ordinario dello Stato. Di questa maniera, la giurisdizione si trasforma allo stesso tempo in patrocinatrice dell'ordine statale e del sopranazionale.

Un'altra opzione è il controllo da parte degli organi interni dell'entità privata internazionale, alcuni dei quali hanno natura quasi giudiziale, come l'organo di appelli dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, per esempio. Tuttavia, a dispetto della torneo celebrità di questo organo, è difficilmente equiparabile in termini di garanzie agli organi giudiziali nazionali. D'altra parte, non in tutti i cittadini corporativi esiste simile organo. Per esempio, non esiste naturalmente nel Comitato di Basilea, e tuttavia questo non osta affinché nel Comitato si rispettino determinate garanzie. Per questi motivi, crediamo preferibile imputare l'esame di adeguamento ai principi generali del diritto globale davanti al giudice ordinario. Quello non osta, d'altra parte, affinché in un'epigrafe posteriore proponiamo un procedimento comune per questi organi quasi giudiziali che faciliti nel futuro suo una maggiore legittimità delle sue risoluzioni.

In quello che riguarda la dogmatica spagnola sul diritto globale, abbiamo visto nitidamente specchiate le tesi di Salamanca. Da una parte, DOMINGO<sup>23</sup> ha proposto un concetto di diritto globale nel che l'uomo è il protagonista, il centro del nuovo ordine giuridico quale deve organizzarsi dal rispetto ai suoi diritti. La strada umanistica del diritto che la dottrina spagnola vide prima che nessun'altra nel secolo XVI, e che non tornò a teorizzare fino alle rivoluzioni liberali, ci sembra senza dubbio il corretto per il diritto globale, ed in questo senso aderiamo al questo progetto. La necessaria ragione della legge che articolasse già SUÁREZ<sup>24</sup> deve mettere a fuoco ora lei nel servizio al cittadino e nel rispetto ai diritti dell'uomo.

Conviene, in ogni caso, fare alcuni sfumature. Il progetto molto solito dell'autore sembra difendibile: il diritto nasce dell'uomo, *ex homo oritur ius*, come sempre seppero il diritto romano, in primo luogo, ed il suo exégeta l'*ius commune*, dopo, ed erroneamente dimenticò come dopo il positivismo analitico. Partendo di qui, l'autore costruisce un progetto secondo il quale l'uomo sarebbe la "unità giuridica", ed il fenomeno binario di due uomini fonderebbe il diritto privato. Il seguente passo, la riunione di tre uomini con una relazione gerarchica, costituirebbe il diritto pubblico. Questa dogmatico "dello primitivo" per così dirlo, spiegherebbe che il diritto pubblico è surrogato del diritto privato,

---

<sup>23</sup> (DOMINGO OSLÉ, 2007:158).

<sup>24</sup> SUÁREZ, F. S.J. (1872): *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore in decem libros distributus*, Fibreniani: Nápoles, pág. 36.

teoricamente "anteriore" nel tempo, e contemporaneamente potrebbe servire per capire lo sviluppo del diritto globale<sup>25</sup>.

Simile progetto risulta interessante, ma discutibile. Ci conduce ad una discussione su che diritto nasce in primo luogo, il privato o il pubblico, e dà una risposta suggerente ma non necessariamente corretta. È un dibattito che sarebbe interessante aprire. Che il diritto privato preceda il pubblico nella nostra cultura giuridica non significa che sia sempre così. Sicuro che a Roma l'*ius civile* precede all'*ius civitatis*? Non sembra ci siano tanto indubbiamente prove storiche di simile fatto. L'eccessiva importanza concessa ad un mito come quello della fondazione di Roma, o un'interpretazione liberale del patto sociale possono portarci a conclusioni tipiche e poco motivate. Con la stessa forza con che si argomenta che il diritto privato è anteriore al pubblico, può negarsi che le relazioni in due uomini siano anteriori al potere pubblico che implica almeno a tre. Senza andare più lontano, la natura sociale dell'uomo di radice aristotelica suggerisce esattamente questo che ogni diritto pubblico è anteriore al privato. E neanche possiamo dimenticare che ogni diritto privato esiste grazie alla difesa del pubblico, e nella cornice che questo regola, e grazie alla legge che lo contempla che è un strumento giuridico-pubblico. Quello che è più, né benché lo schema storico o connaturale all'uomo per sviluppare il diritto fosse quello proposto dovrebbe riprodurre il fenomeno nel diritto globale, o almeno non necessariamente, perché questo sorge forte da un contesto statalista con un potere pubblico, e nel che la distribuzione del potere tra pubblico e privato già è formata. Il diritto globale non sorge in un contesto di *tabula liscia*, niente affatto è una fortuna di nuovo "contratto sociale." Il contratto sociale, in fin dei conti, è stato sempre un evento ipotetico, un modello per spiegare il fenomeno della società rigata, un caso filosofico e giuridico di laboratorio. Nella nostra opinione, sottosta alla proposta dell'autore un dogma della concezione classico iusprivatista, una visione liberale, chiaramente debitore del concetto di contratto sociale. Sicuro che la comunità e le sue norme non sono anteriori a quelle delle relazioni *inter privatos*? Perché ovviamente, il diritto pubblico non è necessariamente il diritto dello Stato, o lo è solo da quando esiste lo Stato, e man mano che questo perde quota di potere il diritto pubblico si spoglia del suo componente statale. Ma la nuova natura del diritto pubblico non statale non è niente affatto quella di un diritto privato regulatorio. L'esercizio della potestà normativa è genuinamente di diritto pubblico, e lo è anche la regolazione di contenuti di interesse pubblico, e pertanto la distinzione tra società e potere pubblico deve continuare ad esistere, benché ora il potere pubblico sia esercitato a

---

<sup>25</sup> (DOMINGO OSLÉ, 2007:215). Lo stesso autore ha osservato come, seguendo un autore tedesco, il Diritto Globale si fonda in un paradigma costituzionale cosmopolita, in modo che si tratta di un ramo giuridico, alla che non osiamo ancora chiamare ordinamento che protegge contenuti tanto di Diritto Pubblico come di Diritto Privato, almeno secondo la definizione tradizionale di entrambi i termini. Vid. DOMINGO OSLÉ (2012:117) y KUMM, M. (2009): *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and Beyond the State*, en DUNOFF, J.L., TRACHTMAN, J. (eds.) (2009): *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, págs. 263-264.

volte per un individuo privato che puntualmente si erige solo come potere pubblico propriamente detto: l'entità privata internazionale, alla quale denominiamo anche cittadino corporativo.

Infine, sull'argomento della centralità dell'uomo nel diritto globale, essendo nella nostra opinione il progetto corretto, pende una seria minaccia<sup>26</sup>. L'autore citato ha la singolare riuscita di concepire il diritto globale come un diritto dell'Umanità, benché conservi il nome di origine nordamericana. Non potremmo stare più di accordo con questo progetto che contemporaneamente è obiettivo. Ma la realtà, a giorno di oggi, è che la natura prevalentemente economica di questo ordine, o disordine, giuridico va verso trasformarsi più in un diritto delle corporazioni internazionali che in un diritto dell'Umanità. Per quello motivo, al presente lavoro non ci siamo porsì elaborare una teoria delle norme internazionali di diritto pubblico come norme "umane" o derivante dell'insieme dell'Umanità, ma abbiamo costruito piuttosto una teoria del controllo del potere delle corporazioni, sempre dal punto di partenza della difesa dell'Umanità. È di temere che in primo luogo la dignità umana che si cerca di riuscire mettere all'uomo cederà davanti alla forza delle relazioni con e tra le corporazioni che faranno languire tanto all'individuo come gli interessi della Comunità. Cioè che la figura della piramide, attraente dal punto di vista di una concezione liberale dello Stato, può ritorcersi nel complesso ambiente globale. L'entità privata sopranazionale non ha, né avrà, la legittimità dello Stato di Diritto. Ci sarà neanche una società di entità sopranazionali private, né pertanto neanche un diritto tra i corporazione, come ci sono una Società di Stati ed un diritto di quella società, l'Internazionale Pubblico. L'entità sopranazionale è un individuo privato, e la società nella quale si inserisce è ancora la società globale, concetto in sviluppo, ma che naturalmente include ugualmente persone fisiche che a persone giuridiche ed enti non formalmente costituiti. In questo amalgama, le molte relazioni orizzontali, tra persona fisica e corporazione, o tra corporazione poco poderosa e corporazione poderosa, saranno relazioni di potere, nelle quali una delle parti ostenta una posizione di potere pubblico di facto. In simile contesto non può evadere il dibattito sul controllo del potere pubblico, né diminuirsi la relazione tra cittadino e le entità private sopranazionali al diritto privato. È necessario riconoscere la natura giuridico pubblica della relazione, benché la struttura piramidale non esista o perfino benché comunichino solo due individui.

## **2. Le teorie vigenti.**

Il diritto globale aspira a convertirsi, ragionevolmente, in una dei rami più prominenti dell'ordinamento giuridico. Non ha smesso non solo di crescere negli ultimi quaranta anni ma, come già abbiamo dimostrato, si è visto spinta durante la passata crisi economico mondiale. Orbene, al

---

<sup>26</sup> Vid. DOMINGO OSLÉ (2012).

presente lavoro a noi c'interessa uno dei versanti del diritto globale, in particolare, il diritto amministrativo globale. L'origine di questo concetto si trova nella dottrina nordamericana, come vedremo immediatamente, e si opporsi al diritto Amministrativo Internazionale, concezione ancorata nell' statalismo che segna dall'alto in basso il diritto Internazionale Pubblico, e che è più ristretta nella sua prospettiva. Andiamo dunque ad analizzare entrambe. Inoltre, studieremo in terzo posto la dottrina italiana che mantiene una posizione intermedia tra le due concezioni.

Seguendo gli sforzi per formare un concetto di diritto globale, in un lavoro fondamentale di KINGSBURY, KRISCH e STEWART<sup>27</sup> risentono le basi della concezione nordamericana. Il diritto globale sarebbe il prodotto di un cambiamento nel centro di potere in molte decisioni di diritto pubblico, spaesato dallo Stato ad un livello sopranazionale. Si moltiplica così la regolazione transnazionale, e si progetta una nuova Amministrazione capace di rispondere alla dimensione sopranazionale dei suoi atti. I settori nei quali si produci questo cambiamento vanno dalla sicurezza, assistenza finanziaria a paesi in sviluppo, medio ambiente, regolazione finanziaria e bancaria, esecuzione delle norme statali, telecomunicazioni, commercio internazionale, proprietà intellettuale, protezione lavorativa ed immigrazione, includendo i rifugiati, per citare a quelli che citano gli autori, ma potrebbero aggiungersi altrettanto altri, per esempio, la regolazione della scienza, il settore agroalimentare, l'aviazione civile ed altri che vedremo dopo. Una possibile risposta a questo fenomeno è l'estensione del diritto Amministrativo nazionale. Di qui sorge cioè quello che si conosce come il diritto Amministrativo Transnazionale, quello versante del diritto globale che studia l'applicazione del diritto di un Stato in territorio straniero. Il diritto Amministrativo Transnazionale si è trasformato in una costante dovuto alla regolazione nazionale di ampio spettro col che alcuni Stati regolano le attività di operatori che in realtà sono internazionali. Singolare a questo rispetto è stato il caso degli Stati Uniti, soprattutto in materia finanziaria, dove ha promulgato norme amministrative che aspirano ad avere un'efficacia ampia fosse delle sue frontiere, o nei quali il criterio di connessione che è tanto esiguo con gli Stati Uniti che richiedono per essere applicabili che è difficile immaginare che non siano applicate. Così succede célebrenemente in materia di regolazione finanziaria col Sarbanes-Oxley Act di 2002, conseguenza a la stessa volta dello scandalo Enron.

Da un lato, l'applicazione di una norma di diritto pubblico in territorio straniero genera sempre problemi e tensioni. Nel meglio dei casi, gli Stati implicati possono adottare accordi sulla risoluzione di questi conflitti di norme, normalmente basso la forma di trattati internazionali. Tra le possibili

---

<sup>27</sup> Vid. il testo assolutamente fondamentale -è fondazionale- de KINGSBURY, B./KRISCH, N./STEWART, R. B. (2007): "The Emergence of Global Administrative Law", Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, Working Paper 2004/1, pp. 15 y ss; KINGSBURY, B. (2003): "The International Legal Order", IILJ Working Paper 2003/1, AMAN, A. C. (1999): "Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy, and the Furtherance of a Global Public Interest", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 6.



soluzioni sottolinea il riconoscimento mutuo come orchestra per la risoluzione del conflitto, opzione questa che è inoltre per lo più l'adottata per l'Unione Europea per permettere l'efficacia di molti atti amministrativi nazionali a livello europeo. Per certo che neanche il problema è frivolo a livello statale, perché spesso questi problemi si presentano in Stati composti, come dimostrò nel diritto spagnolo la necessità di approvare la Legge 20/2013, di 9 dicembre, di garanzia dell'unità di mercato. In qualsiasi caso, questo problema è altrui alla nostra preoccupazione al presente lavoro. Noi ci centriamo nelle norme private sovranazionali, e nella sua possibile applicazione interna nel diritto spagnolo.

Oltre a quello, posto vacante forzoso riconoscere l'esistenza della che chiamano "agenti amministrativi transnazionali" quale portano a termine attività amministrative ma non si sottomettono al controllo diretto di nessuna autorità amministrativa interna, benché nella pratica le sue decisioni si applichino alle questioni, ben direttamente dal piano globale oppure indirettamente, assumendo queste norme l'ordinamento interno. Tra questi nuovi corpi legislativi troveremmo tante organizzazioni internazionali o perfino gruppi informali di alti funzionari, è il caso del Comitato di Basilea, come entità ibride o di posizione ambigua, da rappresentanti di governi fino a sindacati, patronali, Scuole professionali od organizzazioni non governative, per esempio, ed altre puramente private che assumono spontaneamente il carico di elaborare standard internazionali. Si tratta, naturalmente, di tutti gli enti che abbiamo inglobato sotto il concetto di entità privata internazionale. Questo concetto non deve essere tuttavia un cassetto di sarto per tutte questi entità indefinibili, bensì un concetto che abbraccia alcune caratteristiche comuni a tutti essi: il suo natura soprastatale, perfino benché quella natura possa essere pubblica, nel caso di un'organizzazione internazionale, ed il suo esercizio di funzioni pubbliche, singolarmente la normativa, *de facto* e senza sottomettersi al controllo di nessuna Amministrazione o Stato.

D'altra parte, HARLOW<sup>28</sup> ha messo l'enfasi nel caso più rappresentativo di diritto Amministrativo sopranazionale, il diritto Amministrativo Europeo. Non abbiamo sviluppato come questo ordinamento è nelle sue viscere, perché è eccessivamente studiato per gli esperti nel diritto dell'Unione. Sé che bisogna spiegare tuttavia quali le sue linee maestre sono, per giustificare perché al presente studio lasciamo di lato il diritto europeo. In realtà, non lo lasciamo in assoluto da parte, al contrario, è tutto un modello per il diritto globale e come tale lo lodiamo. Quello che sì che è certo è che i problemi che si porsì in lui sono più propri del diritto dello Stato, perché nel suo

---

<sup>28</sup> HARLOW, C. (1998): "European Administrative Law and the Global Challenge", *RSC Working Paper*, n. 23; AMAN, A.C. (2001): "The Limits of Globalization and the future of Administrative Law: From Government to Governance", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 8; KINGSBURY, B. (2005): "The Administrative Law Frontier in Global Governance", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 99; KRISCH, N./KINGSBURY, B. (2006): "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order", *European Journal of International Law* 17; MITCHELL, A./FARMIK, J. (2009): "Global Administrative Law: Can it bring Global Governance to Account?", *Federal Law Review* 37; SHAPIRO, M. (2001): "Administrative Law Unbounded. Reflections on Government and Governance", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 8, pp. 369-377.

processo di formazione, l'obiettivo degli Stati Membri è stato assimilarlo al diritto statale. Come spiega l'autrice, tanto il sistema giudiziale il procedimento presero come modello il precedente francese, quello che conformò un diritto amministrativo tartufato di concetti, definizioni teoriche, strutture gerarchiche ed una funzione di controllo preponderante sulle altre. Ma esistevano anche, ci dice, tendenze alternative. Al fine ed il capo, e come è comune nel diritto globale, nel diritto europeo prevalgono gli obiettivi di mercato sugli altri. Così, l'autrice paragona non l'Unione Europea con un ramo dell'Amministrazione interna degli Stati membri, egli quale non ha preteso di non essere mai, bensì con una fortuna di Agenzia regolatrice allo stile americano, un agente indipendente regolatore del mercato, nel suo caso, del mercato unico. Inoltre, il secondo fattore fondamentale che differenzia all'Unione Europea di una Amministrazione equiparabile a qualunque modella interno è che i suoi organi decisori, fondamentalmente, il TJUE e la Commissione, hanno scommesso sempre sull'integrazione europea, e non si sono limitati mai ad essere meri gestori della volontà degli Stati membri. Questo dato rivela l'indipendenza di questi organi che scommettono sull'avanzamento del diritto dell'Unione malgrado non tutti gli Stati membri stessero per il lavoro di simile progresso giuridico. Per questo, l'Amministrazione europea è tipica del diritto globale, e non tanto del diritto statale, benché per la sua origine possa sembrare il contrario.

Ma senza dubbio, il problema più singolare al quale si affronta il diritto globale è quello della natura giuridica delle sue norme, la maggioranza dei quali appare come mere raccomandazioni. Il diritto globale è, in fin dei conti, un fenomeno di autoregolazione regolata, dove la questione a delucidare poggia in se questa è capace di costituire un sistema in sé stessa, o se al contrario è dipendente della regolazione statale, negandosi così l'esistenza del diritto globale come sistema autonomo.

Più ancora, bisogna chiedersi della natura giuridica del sistema normativo, cioè, se il diritto globale è in assoluto un sistema normativo, un ordinamento, o se è piuttosto un "concetto chiave", ma non un ordine giuridico né un ramo nuovo del diritto<sup>29</sup>. Al presente lavoro diamo una risposta negativa a quella domanda, recuperando la teoria dell'accoglienza è formando il concetto di Diritto Globale come pieno di contenuto. Nel diritto anglosassone il gran relativo è stato il suo teorico del diritto più importante nel secolo XX, HART, e la sua teoria delle norme<sup>30</sup>, specialmente la costruzione teorica della norma di riconoscimento, come si vedrà non troppo lontana della nostra proposta, ma la separa da lei una differenza fondamentale, il fatto che la concezione hartiana fu progettata per giustificare la validità delle norme dentro lo Stato che è esattamente il campo nel quale fallì la teoria del riconoscimento. Nel diritto globale, crediamo, la teoria del diritto funziona all'inversa. Vediamo

---

<sup>29</sup> DÍEZ SASTRE, S. (2018): *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Madrid: Marcial Pons, pág. 134; DÍEZ SASTRE, S. (2015): *La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho público*, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 31; DARNACULLETA (2016:47-48).

<sup>30</sup> HART, H.L.A. (1997): *The concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 2nd ed.

la strada adottata per KINGSBURY nella sua proposta<sup>31</sup>, dopo risposta per altri<sup>32</sup>. Per l'autore nordamericano, il diritto globale deve essere riconosciuto come una questione in realtà, nel quale possono identificarsi fonti di riconoscimento concrete, e che estende un positivismo hartiano per adattarlo a valori e principi propri del diritto pubblico. In questo modo, al tempo che il diritto globale si differenzerebbe dai diritti Amministrativi nazionali nella misura in cui potenzia l'autogoverno e l'autoregolazione e la libertà individuale degli individui che comunicano, compresi i corporativi, l'autore propone un concetto positivista "estensivo" che separi il diritto globale di concezioni normativi moralisti, ed converte en oggetto il suo contenuto mediante il riconoscimento. Per costruire questa formula di riconoscimento, mette in gioco tre elementi del pensiero hartiano.

In primo luogo, deve servirsi un modello obiettivo, il fatto sociale, che esige mettere la vista sugli atteggiamenti interni, del sistema, osservate per i principali partecipanti, ed anche qualunque agente esterno che li valuti. Cioè che, osservando come agiscono lo Stato, l'Amministrazione, gli organi giudiziari ed i cittadini corporativi, potremo comporre una mappa con le regole di riconoscimento che seguono. Potremmo sapere così fino a che punto può considerarsi vigente la norma primaria che consideriamo applicabile, cioè, la norma privata internazionale, e potremmo valutare anche il carattere frammentario della propria regola di riconoscimento, come i suoi meccanismi evolutivi nella sua dimensione temporanea e la possibilità di distinguere se stiamo davanti ad una regola o alce un principio, tuttavia, per questo ultimo abbiamo già elementi nel diritto continentale, fondamentalmente la distinzione tra principi e regole elaborata per ALEXY<sup>33</sup>.

In secondo luogo, le fonti del diritto globale sarebbero i trattati internazionali e l'abitudine internazionale, ma anche il diritto interno secondo i casi. Tuttavia, è comprensibile per lo stesso autore che questo catalogo si imbarazza, perché non può limitare già il diritto globale al proprio diritto costituzionale o Internazionale Pubblico esistente. Al contrario, è indispensabile concettualizzare fonti del diritto nuove. Su questo ritorneremo più avanti. In terzo posto, il problema della regola di riconoscimento in sé stesso porta all'autore a seguire anche il progetto secondo il quale, l'unità del diritto internazionale richiede un'unità concettuale e giustificativa. Questo riconoscimento unico che può verificarsi nel diritto Internazionale Pubblico, non è possibile nel diritto globale. Non esiste un'unica regola di riconoscimento nel diritto globale, o almeno non è

---

<sup>31</sup> KINGSBURY, B. (2009): The Concept of "Law" in Global Administrative Law, *IIIJ Working Paper* 2009/1.

<sup>32</sup> SOMEK, A. (2009): "The Concept of "Law" in Global Administrative Law. A Reply to Benedict Kingsbury", *European Journal of International Law*, 20-4, pp. 985-995; KUO, M.S. (2009b): "The Concept of "Law" in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury", *European Journal of International Law*, 20-4, 2010 y LADEUR, K.H. (2011): "The Evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law", Osgoode CLPE: Reseach paper 16/2011.

<sup>33</sup> ALEXY, R. (1983): *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a. M. 1983 (Erstaufgabe 1978); ALEXY, R. (1989): *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M. 1994 (Erstaufgabe 1986).

stato ancora formulata, e quello che è più, non esisterebbero organi comuni per imporla, fondamentalmente organi giudiziari, e quelli che avesse sono organi interni degli enti (cittadini corporativi), come i suoi comitati di appello che non stanno legittimati per impiantare il suo proprio concetto della regola di riconoscimento in tutto il sistema. Ma se come dice l'autore il diritto globale non ha tribunali, non ha trattati internazionali che lo stabiliscano, non ha norme statali che lo stipulino come obbligatorio, e non ha neanche una lunga tradizione giuridica, che cosa è allora il diritto globale? C'è qui il quarto elemento: il diritto globale deve integrare anche gli elementi classici del diritto pubblico, e quell'include specialmente la sua funzione di controllo del potere pubblico.

In linee generali, possiamo affermare il nostro accordo con le posizioni di KINGSBURY, ma applicando esclusivamente la teoria del riconoscimento agli individui riceventi delle norme sopranazionali. Tuttavia, non possiamo passare per alto che nell'uso della teoria di HART è alla nostra opinione un rischio implicito che spiega perché è tanto difficile trovare la "regola di riconoscimento" delle norme private sovranazionali. In realtà, la teoria di hartiana nasce, come tutte le teorie positiviste, compresa, ovviamente, quella di KELSEN, per giustificare il potere dello Stato, o almeno un potere centralizzato<sup>34</sup>. Usando un avvicinamento di tratti empiristi, più propria della filosofia anglosassone, di fronte all'astrazione della teoria kelseniana, il filosofo del diritto inglese spiegava come può identificarsi il diritto positivo valido dalla validità di una determinata regola "secondaria" che è quella di riconoscimento. A questa teoria, tuttavia, possono imputarsi le stesse vizi critiche che alla kelseniana, come tanta dottrina si è occupata in dimostrare: che ci sarà in fin dei conti sempre un certo corteo etico o morale nella norma di riconoscimento, e che non si rischierà il fondamento del sistema se a sua volta non si rischierà il fondamento di quella. Qui non pretendiamo di rispondere a queste domande. Crediamo, quello sì, che è completamente azzecato mettere l'enfasi nel riconoscimento, ma non bisogna imputare quello riconoscimento in nessuna norma. La teoria hartiana assume che la norma esiste, e dopo cerca di provare che la norma si applica alludendo al fatto sociale della condotta di chi compiono la norma, e nel caso dello Stato indovina, perché effettivamente la norma esiste, perché stia o non scritta la Costituzione, è sempre in una società con Stato uno o vari testi fondamentali, o alcune abitudini costituzionali, o alcuni principi giuridici comuni. Per quel motivo nel contesto statale la teoria hartiana va a colpo sicuro: sappiamo in anticipo che esiste la norma il cui esistenza pretende provare per mezzo dei fatti, quella che permette di riconoscere alle norme primarie come diritto vigente. Ma nel diritto globale questo non è così: i principi del diritto globale, provengano dal diritto Internazionale, del Comparato o del diritto nazionale, stanno per formarsi. Pertanto, non esiste regola di riconoscimento alcuna. Quando investighiamo sui fatti che cosa porta ai partecipanti nella società globale a seguire certe norme,

---

<sup>34</sup> KELSEN, H. (1979): *Teoría General del Derecho y del Estado*, México D.F.: UNAM.

perfino quando queste si presentano come non vincolanti, non troviamo una regola di riconoscimento. E questo non è perché la regola sia frammentaria, perché di esserlo non ci sarebbe un ordinamento giuridico, bensì vari, tanto come regole di riconoscimento. Quella che troviamo è l'obbedienza ad una norma privata internazionale per riconoscimento individualizzato. Orbene, questo è qualcosa che non rimane del tutto risolto nella teoria hartiana - sé nella kelseniana -. Se può comprovarsi per gli atti della maggioranza degli individui di una società che la norma di riconoscimento esiste, allora questa obbliga tutti gli individui di quella, benché alcuni evitino il suo compimento.

In realtà, abbiamo qui lo stesso problema che si attribuisce alla teoria del riconoscimento dal punto di vista della filosofia del Diritto statalista: né la validità della norma fondamentale o di riconoscimento, né di qualunque altra, possono farsi dipendere dalla volontà, neanche degli atti, degli obbligati. È certo che in alcuni momenti storici si è contemplato la perdita di validità della norma per disuso, ma è che il disuso non fa dipendere alla norma dalla volontà degli obbligati in ogni momento della sua esistenza, bensì solo alla fine, quello che non toglie che la norma sia valida ed efficace dalla sua entrata in vigore, indipendentemente del suo riconoscimento statale. Inoltre, questo è già una teoria proscritta nella maggioranza dei sistemi statali che hanno adottato un schema kelseniano, come succede con la maggioranza di Stati di diritto. Per contro, quando non esiste una norma secondaria -come succede alle norme private sovranazionali-, il riconoscimento sé che è necessario, ma è un riconoscimento individualizzato per ogni norma ed ogni obbligato, senza che possa colpire altri membri della società. Di lì l'utilità della teoria classica del riconoscimento che ci permette parlare di un diritto globale di efficacia personale, nella quale la validità della norma dipende dalla sua approvazione, la sua efficacia personale del suo riconoscimento e la sua efficacia territoriale della sua integrazione nel diritto dello Stato<sup>35</sup>.

Un'altra cosa sarà che nel futuro possa esistere qualcosa di simile ad una regola di riconoscimento hartiana nel diritto globale. Questo è possibile per due motivi. In primo luogo, perché molte norme private sovranazionali, benché si intitolino come non obbligatorie e benché non li consideriamo personalmente efficaci fino al suo riconoscimento, in realtà sono difficili da evitare nella pratica, dovuto all'enorme potere dei suoi autori che avvicinano a teorie dell'efficacia applicabili al diritto dello Stato, ma senza arrivare oggi a tale estremo. In secondo posto, la cosa certa è che lo sviluppo dei principi del diritto globale, del ramo amministrativo e di tutte, al quale il presente lavoro aspira a contribuire dalla maggiore umiltà, può finire per sboccare nella formazione di una regola di riconoscimento globale, nel che con fondamento in principi comuni possano approvarsi

---

<sup>35</sup> LEGAZ (1961:404); VON BIERLING, E. R. (1894): *Juristische Prinzipienlehre*, Friburgo y Leipzig: Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. Mohr, t. I, y KELSEN, H. (1911): *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck) (citados por LEGAZ:405).

direttamente norme globali efficaci. Tuttavia, ed in mancanza di un potere globale, questa situazione rimane oggi lontana, e è difficile immaginare a giorno di oggi una norma giuridica di diritto globale applicabile senza il riconoscimento dell'individuo al quale obbliga.

Il diritto globale è la proposta della dottrina nordamericana. Tuttavia, la dottrina tedesca ha partecipato anche attivamente al dibattito, sebbene proiettando un punto di vista di corte statalista. La principale caratteristica della concezione tedesca è il rifiuto alla nozione di "globalità." La visione germanica è, almeno per lo più, inter-statale o internazionale. DANN ed ENGELHART<sup>36</sup> hanno scompaginato il discorso del diritto Amministrativo Internazionale in tre versanti. La prima, come un diritto di conflitti di leggi giuridico-pubbliche di differenti Stati. È il senso orizzontale della disciplina. La seconda, è l'influenza del diritto Internazionale Pubblico sul diritto amministrativo interno, cioè, gli elementi delle norme di diritto Internazionale (trattati) abitudini, principi, che modificano o determinano la forma o contenuti del diritto amministrativo nazionale. Ed in terzo posto, è il diritto che studierebbe l'attività giuridico pubblica delle organizzazioni internazionali; in realtà, sotto questa espressione parliamo non solo delle organizzazioni internazionali di diritto internazionale pubblico, ma anche di quelle entità private o mai formalmente costituite che hanno la sua propria produzione legislativa. Studia, pertanto, il fenomeno delle entità sopranazionali private. Questo ultimo punto di vista che è il più vicino al diritto globale, tuttavia, si incentra nell'estensione delle garanzie statali a questi enti - tema di gran importanza -, ma trascura lo studio delle proprie norme private sovranazionali come fenomeno giuridico. Come esempio di una posizione resistente in estremo al globalismo, J. BAST ha sostenuto<sup>37</sup> - studiando un settore molto particolare quello sì, l'immigrazione internazionale - che il diritto Amministrativo Internazionale

---

<sup>36</sup> DANN y ENGELHARDT (2011:1372 y ss.). Vid. igualmente G. TEUBNER (1996): "Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus", *Rechtshistorisches Journal* 15, 1996; FISCHER-LESCANO, A./LISTE, P. (2005): "Völkerrechtspolitik. Zu Trennung und Verknüpfung von Politik und Recht der Weltgesellschaft", *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 2; RÖHL, H. C. (2007): 319-345; OHLER, C. (2007): 259-279; y LEPSIUS, O. (2007): "Standardsetzung und Legitimation", en MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C., *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 345-374; VON BOGDANDY, A. (2008): "General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field", *German Law Journal* 9-11.; VON BOGDANDY, A./DANN, P./GOLDMANN, M. (2008): "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities", *German Law Journal* 9-11, pp. 1375-1400; VON BOGDANDY, A./GOLDMANN, M. (2009): "The Exercise of Public Authority through national policy assessment", IILJ Working Paper 2009/2; VON BOGDANDY, A./WOLFRUM, R./VON BERNSTOFF, J./DANN, P./GOLDMANN, M. (2010): *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Springer, Heidelberg; KOKOTT, J. (2004): „Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung“, *VVDStRL* 63, pp. 11-35.

<sup>37</sup> BAST, J. (2007): "Internationalisierung und De-Internationalisierung der Migrationsverwaltung", en MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C. (Eds), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, 426 págs.

non è un versante giuridico internazionalizzato, bensì al contrario, non internazionalizzata, organizzandosi attraverso standard europei<sup>38</sup>.

Orbene, questa ultima posizione non può essere mantenuta già oggi, almeno non con carattere generale. L'internazionalizzazione del diritto è un fenomeno di ampio spettro, del quale l'uropeizzazione è solamente una manifestazione isolata. Simile affermazione parte di un'assunzione doppia e sbagliata: in primo luogo, esige ammettere che la legislazione europea consacra gli standard internazionali, egli quale non può reggersi sempre. In realtà, è perfettamente immaginabile un contesto nel quale il compimento di una norma europea non garantisca a sua volta un adeguato compimento delle norme internazionali. E neanche è certo che il diritto vigente proceda di un contesto internazionalizzato, o non almeno tanto quanto per potere parlare di una "de-internazionalizzazione." L'identificazione tra internazionalizzazione ed europeizzazione, pertanto, è solo parzialmente corretta, nella misura nella che l'europeizzazione è un fenomeno dell'internazionalizzazione, senza dubbio il più sviluppato. La seconda assunzione erronea è che l'europeizzazione è una fortuna di "re-statalizzazione." In realtà, succede che il fenomeno della cosa statale" sta essendo superato il paradigma della cosa globale", lentamente, ma di forma progressiva. La traduzione del fenomeno a livello europeo è la costituzione di un'entità sopranazionale di natura propria, difficile da assimilare a qualunque altra. Cosa simile succede con la Commissione Europea di Diritti umani e la sottomissione al TEDH. Questi fenomeni, tradizionalmente studiati nella cornice del diritto Internazionale pubblico, non appartengono alla tradizione giuridica statale, bensì al sopranazionale, per quanto spesso ricorrano a modelli statali. Pertanto, né le norme europee sono capaci di coprire tutti gli ambiti materiali del diritto globale, né conducono alla formazione di una struttura giuridica macro-statale, bensì soprastatale, o quello che è la stessa cosa, appartenente all'ordine globale. SCHMIDT-ASSMANN, al contrario, ha messo l'accento dell'internazionalizzazione nella perdita della territorialità, in modo che questo sarebbe il risultato di un processo di evoluzione del diritto amministrativo tradizionale dai suoi stessi dogmi. In un articolo

---

<sup>38</sup> Per la letteratura germanica, vid. en general SCHMIDT-ABMANN, E. (2008a): "Überlegungen zu Begriff und Funktionskreise des Internationalen Verwaltungsrecht", en MAGIERA, S./SOMMERMAN, K.-P./ZILLER, J. (Coord.), *Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis in nationaler und transnationaler Perspektive. Festschrift für Heinrich Siedentopf zum 70. Geburtstag*, Dunker & Humblot, Berlin, p. 101; SCHMIDT-ABMANN, E. (2008b): "The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship", *German Law Journal* 9; SIEDENTOPF, H. (1997): "Die Internationalität der öffentlichen Verwaltung", en KÖNIG, K./SIEDENTOPF, H., *Öffentliche Verwaltung in Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, p. 712; SCHMIDT-ABMANN, E. (2006): "La Ciencia del derecho Administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas", *RAP* 171, [traducción al español de "Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen", *Der Staat* 25, pp. 315 y ss.].

già celebre<sup>39</sup>, il professore tedesco distingue tra quattro tipi di relazioni amministrative internazionali: la cooperazione bilaterale, come la cooperazione poliziesca, la cooperazione in materia di protezione sociale, o la coordinazione del diritto tributario internazionale; le organizzazioni regionali o sopranazionali; le organizzazioni mondiali che includono essenzialmente alle organizzazioni internazionali; e quelle che chiama "reti informali di autorità" che includerebbero, per esempio, il proprio Comitato di Basilea, così come altri cittadini corporativi.

L'autore evita tuttavia parlare del diritto globale, nonostante riconoscere il suo appoggio dottrinale in Stati Uniti ed Italia. In un altro lavoro, c'apporta una definizione del diritto Amministrativo Internazionale che sarebbe "il diritto tipico delle strutture regolatorie del traffico giuridico internazionale." Per spiegare il contenuto del diritto Amministrativo Internazionale, ricorre all'idea delle tre sfere. Esisterebbe in primo luogo un diritto Amministrativo Internazionale di azione, applicabile agli agenti internazionali. La dottrina tedesca, come già sappiamo, vuole vedere qui solo alle organizzazioni internazionali, benché certamente dobbiamo includere tutti i cittadini corporativi. In secondo posto, esisterebbe un diritto della determinazione, cioè, un insieme di norme internazionali che determina l'attuazione degli agenti amministrativi interni. Naturalmente, questo è il caso del diritto dell'Unione Europea, ma lo è anche delle norme private sovranazionali. Effettivamente, queste devono potere essere applicate per le Amministrazioni interne, ma riconoscendo sempre all'Amministrazione il carico di provare che a chi l'individuo si applica è obbligato per esse, quello che passa per provare che il riconoscimento normativo si è prodursi nella pratica.

Il progetto del diritto Amministrativo Internazionale, tuttavia, deve essere rifiutato. Il carattere internazionale deve negarsi in virtù di, precisamente, la qualità del diritto amministrativo, secondo la quale questo sarebbe essenzialmente territoriale. Il problema mantenere principi ed assiomi giuridici di un sistema anteriore è precisamente l'irrigazione di rimanere rinchiuso in essi. Non c'è statualità senza territorialità dell'Amministrazione. L'efficacia internazionale delle norme amministrative statali, da sola, non introduce un elemento di internazionalità. Per parlare di piena internazionalità sarebbe necessario limitarsi, in primo luogo, alle relazioni tra Amministrazioni pubbliche. Ma in realtà, sappiamo che il campo di azione del diritto globale è più ampio. Perfino lo stesso diritto Amministrativo Internazionale include più contenuti degli strettamente internazionali:

---

<sup>39</sup> SCHMIDT-ABMANN, E. (2008a): "Überlegungen zu Begriff und Funktionskreise des Internationalen Verwaltungsrecht", en MAGIERA, S./SOMMERMAN, K.-P./ZILLER, J. (Coord.), *Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis in nationaler und transnationaler Perspektive. Festschrift für Heinrich Siedentopf zum 70. Geburtstag*, Dunker & Humblot, Berlin, p. 101; SCHMIDT-ABMANN, E. (2008b): "The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship", *German Law Journal* 9; e soprattutto SCHMIDT-ABMANN, E. (2006): "La Ciencia del derecho Administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas", *RAP* 171, [traducción al español de "Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen", *Der Staat* 25, pp. 315 y ss.].



straripa a sé stesso. Comprensibilmente, la sua insufficienza è la principale e più rilevante dimostrazione dell'inadeguatezza del concetto.

Il diritto pubblico globale ha bisogno di un concetto ampio, capace di proteggere tutte le sue norme. Non un concetto chiave derivato del diritto vigente che non capti l'insieme del fenomeno, bensì alla rovescia, un concetto pieno di contenuto che abbia la sufficiente flessibilità come per includere differenti tipologie normative nel suo seno, al tempo che concede loro un'unità. Nel diritto Amministrativo Internazionale la dogmatica precede il concetto che si forma già con elementi molto marcati per il diritto previo. Nel diritto globale il concetto precede la dogmatica: parliamo genericamente per globale di tutto quello che è sopranazionale, senza importarci se è in realtà Diritto costituzionale globale motivato in principi derivati dei Diritti umani, una norma amministrativa o una norma mercantile. Solo quando abbiamo già concordato il contenuto della cosa globale" scommetteremo per un'analisi giuridica del contenuto, col fine di dargli una coerenza teorica, ed ovviamente dogmatica. Il dibattito sulle fonti del diritto globale si separa così tanto dalla norma statale come della norma di riconoscimento. Si separa dalla norma statale nella misura nel che le strutture degli Stato, neanche gli internazionali, possono assorbire il concetto di norma privata internazionale. E si separa dalla regola di riconoscimento nella misura in che non è necessaria nell'ordine sopranazionale una norma riconoscente per tutti per potere parlare di un diritto vincolante. Tutto il contrario, ci basterà dimostrare che esiste un individuo che ha ricevuto la norma come propria affinché questa possa essergli applicata, in modo che quella spiegamento pieni effetti normativi per quell'individuo ed in quello caso concreto, oltre a cercare di costruire un diritto globale applicativo, o almeno applicato per i tribunali di giustizia, e dotarlo di una natura sistematica.

### **3. Verso il concetto di diritto globale.**

In mezzo alla discussione dottrinale tra diritto nordamericano e tedesco, il diritto italiano si è eretto coraggioso in favore delle proposte del diritto globale. Di tra essi, naturalmente è stato tanto CASSESE che ha dedicato maggiori sforzi, al diritto globale in generale come alla sua vertiente amministrativo<sup>40</sup>. Nelle sue contundenti affermazioni a beneficio del diritto globale, è arrivato a dire che è innegabile che esistono organizzazioni che promulgano legislazione amministrativa affinché sia applicata per gli Stati, al tempo che può imputarsi il controllo di questa applicazione nei

---

<sup>40</sup> Inter alia, vid. CASSESE, S. (2009a): *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, p. 11 (hay traducción española de GUTIÉRREZ ALONSO, J.J.: CASSESE, S. (2010): *El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado*, Editorial Derecho Global, Global Law Press, Sevilla; CASSESE, S. (2009b): *I Tribunali di Babele, I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma; CASSESE, S. (2010): *Is There a Global Administrative Law?*, en VON BOGDANDY, A./WOLFRUM, R./VON BERNSTOFF, J./DANN, P./GOLDMANN, M. (Eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Springer, Heidelberg, p. 761; CASSESE, S. (2015): *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 5ª ed, Milán: Giuffrè Editore.

tribunali. Ma contemporaneamente, riconosce quattro caratteristiche che differenziano al diritto globale del diritto statale: la mancanza di esclusività della funzione normativa, l'autoregolazione, la predominanza del criterio scientifico e la confusione del limite tra diritto pubblico e privato. Noi aderiamo qui a questi progetti. Effettivamente, perché precisamente il diritto amministrativo internazionale sorge - tra altre maniere - di quelle relazioni di diritto internazionale pubblico nel quale gli Stati generano un diritto che deve essere applicato ai cittadini. Detto altrimenti, la relazione del diritto amministrativo internazionale col diritto internazionale pubblico dovrebbe essere lo stesso che la relazione del diritto amministrativo nazionale col diritto Costituzionale. Tuttavia, il diritto globale si distingue dell'Internazionale Pubblico per l'influenza degli attori privati e per il suo carattere tecnico. Col risultato che la dottrina italiana abbia abbandonato i tentativi tanto caratteristici della tedesca per assimilare il diritto globale alle strutture giuridiche dello Stato<sup>41</sup>. Probabilmente CARDUCCI indovina<sup>42</sup> - nel contesto di un studio sull'applicazione delle tesi di O. HINTZE al cambiamento di paradigma del diritto Amministrativo - quando mette il diritto globale in relazione con la base economica delle relazioni inter-amministrative, e che è l'origine dell'entrata di individui privati legislatori nel diritto pubblico. L'autore parla essenzialmente di un "nuovo paradigma" del diritto pubblico, motivato nel procedimento. Questo "nuovo paradigma" perseguirebbe un obiettivo doppio: da una parte, promuovere un diritto amministrativo "multidimensionale", o come si direbbe, multilivello, e, per un altro, situare nel centro delle funzioni amministrative i diritti sociali e collettivi, e non solo gli individuali, con l'obiettivo di mantenere un certo controllo sul potere amministrativo. Effettivamente, ambedue sono requisiti necessari per garantire il controllo dell'attività amministrativa. Perché bene, questa nuova Amministrazione non avrebbe tanto quanto finalità perseguire l'interesse pubblico come potere pubblico, nei termini espressi per l'autore, *Puissance publique e Herrschaft*, né si limiterebbe a definire un equilibrio tra poteri e diritti, ma perseguirebbe primordialmente non sacrificare i diritti sociali e collettivi, invece di proteggere come priorità assoluta la proprietà ed il contratto. Di lì la centralità del procedimento nel nuovo paradigma del diritto globale: il bilancio tra interesse pubblico, diritti individuali e diritti sociali che fa già il procedimento amministrativo statale deve riprodurre nel diritto globale. Così, il *Due Process of Law* deve verba presente in tutto il procedimento ed in tutti i livelli normativi, compreso il globale. Allora la domanda sarà di che maniera può garantirsi il procedimento di fronte

---

<sup>41</sup> vid. S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, Giuffrè, 2003; BATTINI, S. (2005): "International Organizations and Private Subjects: A Move Toward A Global Administrative Law?", IJL Working Paper, 2005/3, pp. 2-31; BATTINI, S. (2006): "The Globalization of Public Law", *European Review of Public Law*, 18, 1; CASSESE, S. (2005a): "Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation", *New York University Journal of International Law and Politics* 37; CASSESE, S. (2005b): "The globalization of Law", *New York University Journal of International Law and Politics*, 37 *questioni pubbliche*, núm. 8, Palermo.

<sup>42</sup> CARDUCCI, M (2014): "Una riflessione sulla utilità della semantica di Otto Hintze nel cosiddetto "cambio di paradigma" del diritto amministrativo", *Revista Digital de Dereito Administrativo*, v.1, n.2, pp. 280-289.

al potere superiore che non è oramai necessariamente quello delle Amministrazioni pubbliche, bensì quello di una *Herrschaft* economica globale che a sua volta esercita funzione pubbliche, compresa la normativa.

I ragionamenti dell'autore mettono sul tavolo una delle questioni incandescenti della destra Impiegata Globale: la posizione dei diritti sociali. L'analisi ci sembra che debba condividersi: il potere economico dei regolatori, i cittadini corporativi, può mozzare i diritti degli individui obbligati, e dovuto alla sua natura economica, i diritti sociali stanno in una singolare posizione di debolezza. Ma ugualmente si può dire che uno dei vantaggi del diritto globale è precisamente specialmente la flessibilità che apporta al mercato, per l'affinità delle sue norme con le necessità degli operatori economici globali.

Allo stesso tempo, potenzia anche i diritti individuali, che non devono annullare i diritti sociali, ma neanche essere annullati. La costruzione del diritto globale esige soddisfare ambedue. Metodologicamente, la proposta dell'autore passa per introdurre la protezione dei diritti sociali mediante il procedimento. Questo ci sembra ragionevole, ma implica assumere che deve capirsi la regolazione di un procedimento comune per tutti i cittadini corporativi. Come vedremo già durante il lavoro, il diritto globale positivo è illusorio oggi, e ci porta solo a proposte *de lege ferenda* di poco percorso realistico che in ogni caso dovrebbero adottarsi per trattato internazionale, progetto che ci restituisce al potere dello Stato che è quello che deve entrare nell'accordo del trattato, senza che sia immaginabile che non ci siano Stati che non aderiscano al procedimento che stabilisca l'accordo internazionale. Neanche è molto indubbiamente possa esigersi ai cittadini corporativi che seguano un procedimento unico, ed ancora più complicato è esiger loro che seguano uno destinato a proteggere i diritti sociali. Questione distinta è che si attribuisca agli organi dello Stato, tanto all'Amministrazione applicando le norme private sovranazionali come agli organi giudiziari rivedendo dette decisioni, la competenza di controllo sulle norme private sovranazionali. Perché bene, questo è la proposta del presente lavoro. E è nella sede di applicazione interna nella quale gli organi dello Stato devono comprovare la compatibilità della norma privata internazionale coi diritti, tanto individuali come sociali, tale e come si contemplino nel suo proprio ordinamento. Su questo daremo già alcuni chiavi posteriormente. In definitiva, la dottrina italiana ha apportato un importante punto di vista sul diritto globale: è stato capace di vedere l'importanza del fenomeno normativo supra-statale, o indipendente dello Stato, al tempo che ha cercato di sistematizzarlo, e proiettare su lui i diritti individuali e sociali. Il lavoro realizzato in Italia deve servire da riferimento per la dottrina del diritto globale in Spagna, per essere questo modello intermedio più vicino allo spagnolo che il nordamericano o il tedesco. La cosa importante è riconoscere la realtà giuridica che sottosta al diritto globale, un nuovo ordine normativo che non è oramai dipendente del concetto dello Stato, più che un mero insieme incoerente di norme. Col risultato che la sottomissione a

controllo delle norme private sovranazionali passi sempre per il controllo statale, ma non per la totale sottomissione dogmatica alle strutture giuridiche statali.

I preziosi lavori che sviluppano la materia in Spagna, aspirano a contribuire a la spiegazione del fenomeno del diritto globale, compito al quale questo lavoro aspira a contribuire. In qualsiasi caso, la cosa certa è che alberghiamo dubbi della natura del diritto globale come categoria sistematica. Questa posizione corrisponde piuttosto al diritto globale in generale che si ha, nella nostra opinione quattro caratteristiche essenziali e definitorie: la sopranazionalità, l'ibridazione, la topica e l'efficacia recepticia delle sue norme. Altre caratteristiche abituali del diritto globale, come il carattere economico, sono puramente aggettivali, che come molto possono servire per formare tipi di diritto globale, ma niente affatto si verificano necessariamente. Il diritto globale sarebbe, così, un ramo del diritto amministrativo e Globale contemporaneamente, un tipo del diritto globale, caratterizzato perché suo contenuto materiale si dissimula col diritto pubblico interno. Ma non innova il proprio concetto di diritto globale che precisamente grazie all'ibridazione, può coincidere nel suo ambito materiale con praticamente tutti i rami del diritto dello Stato. Ed ugualmente si può dire che l'espressione "Diritto Pubblico Globale", alla quale ricorriamo spesso, è in un certo senso contraddittoria, perché ogni diritto globale è per essenza ibrido, non pubblico.

Al presente epigrafe abbiamo esplorato i concetti di diritto globale e diritto amministrativo globale, ed abbiamo cercato di trovare i suoi fondamenti giuridici. Abbiamo concluso che è conveniente continuare nella ricerca di alcuni principi comuni al diritto globale che, nella nostra opinione, possono trovarsi partendo delle dottrine del monismo internazionalista, ma non trattenendosi in esse, bensì cercando i fondamenti propri di questo peculiare "Diritto" di genti private che è il diritto globale, per lui quale ci sono già apporti preziosi. Nonostante, per affrontare la realtà del diritto positivo che è pluralistico, abbiamo esposto i metodi di analisi di maggiore importanza nella dottrina. Il più importante senza dubbio, è quello proposto per KINGSBURY che ha tentato trovare una norma di riconoscimento hartiana nel diritto globale<sup>43</sup>. Questo criterio il cui errore crediamo continua a stare in prendere l'ordinamento giuridico dello Stato territoriale come modello, abbiamo proposto sostituirlo per il riconoscimento ed accoglienza individuale di ogni norma per ogni individuo. Infine, abbiamo abbozzato anche un'analisi di settori. Senza raggiungere maggiori conclusioni, possiamo dire con sicurezza che il settore finanziario e l'ambientale sono i più influenzato per il diritto pubblico globale, benché bisogni sommare anche altri, come le telecomunicazioni, internet, diretto per un'importante entità privata sopranazionale, l'ICANN, o l'industria della navigazione aerea.

---

<sup>43</sup> Già citato, KINGSBURY, B. (2009): The Concept of "Law" in Global Administrative Law, *IIIJ Working Paper* 2009/1.

## PRÓLOGO.

Los juristas nos habíamos acostumbrado a vivir en un mundo estable. La legalidad marcaba el rumbo del ordenamiento, y el Estado era la cúspide del poder. Este gran éxito de los dogmas decimonónicos (bien preparado por las Monarquías absolutas) comienza a flaquear ya desde el segundo tercio del siglo veinte: de las posguerras mundiales heredamos la revalorización de los principios generales del Derecho, el valor normativo de la Constitución -en Europa- y la vuelta a un concepto amplio de Derecho que supera la mera legalidad, incluso una recuperación tímida del *iusnaturalismo*, abiertamente tomista entre los juristas católicos, y por lo general resguardada tras el velo de los derechos positivizados, los principios democráticos y constitucionales o simplemente los reconocidos por la jurisprudencia civil en los demás casos. Sin embargo, como norma general se mantiene la vigencia de un vocabulario legalista, se conserva un ampuloso sentido del proceso “rituario” o de la conservación de instituciones civiles de hondo arraigo -aunque resulten notoriamente restrictivas, antieconómicas, o contrarias a los valores sociales vigentes- y se confía en que los jueces se limiten a aplicar la ley, y nada más que la ley. Obviamente esta es una noción ya superada del ordenamiento jurídico, pero es una noción superada que sigue vigente en el imaginario que muchos juristas siguen teniendo del Estado de Derecho.

A los juristas científicos, y en general a los que tienen una conciencia de vanguardia del Derecho, acostumbrados a enfrentarse a la crisis de la Ley desde hace decenios, y más modernamente al llamado Derecho global, este breve estudio les sorprenderá menos, aunque incluso para estos el trabajo aspira a ser rupturista. Otra característica del trabajo que presentamos en estas líneas es que no hemos querido limitarnos a una descripción de una realidad (de la que ya se han hecho muchas descripciones) como es el Derecho global. Hemos querido indagar en los fundamentos mismos de este cambio jurídico, que como explicaremos en esta obra es, en nuestra opinión, la respuesta a un cambio social, no de una sociedad concreta, sino de la sociedad global. Tampoco vamos a entrar en la caracterización de la propia sociedad global, o si existe en absoluto: es evidente que jurídicamente los cambios han sucedido, y esto se debe indefectiblemente a un cambio global en las relaciones entre los sujetos, personas físicas y jurídicas, el poder de los Estados y la deslocalización de la Administración. Si en la segunda mitad del siglo XX la Administración huía del Derecho administrativo hacia el Derecho privado, en el siglo XXI son los sujetos privados los que huyen de la Administración, para confiar la regulación de su actividad a otros sujetos privados.

El inconveniente de un estudio meramente descriptivo no es solamente que se haya elaborado muchas veces, sino especialmente su carácter acrítico. Obviamente, una obra científica no puede ser acrítica, y de ahí que nosotros hayamos intentado dar una opinión clara sobre el fenómeno, que

pasa por su aceptación, pero poniendo en última instancia su control en manos el Estado. La respuesta común frente al Derecho global es que “debería haber mecanismos de control democrático” pero no se dice cómo imponerlos, que “existen ciertos mecanismos en el seno de las instituciones corporativas que elaboran las normas que se asemejan a los procesos democráticos y participativos”, pero que obviamente no son homologables a los controles democráticos estatales, o simplemente que las normas supranacionales o globales “son un hecho que no se puede ignorar”. Siendo esto cierto, aquí hemos pretendido dar una respuesta lo suficientemente contundente como para sugerir un mecanismo de control viable. En cualquier caso, para el análisis detallado de este método emplazamos al lector a puntos posteriores de la presente obra, donde seremos más exactos y concretos al analizar las normas supranacionales.

De momento, comenzaremos afirmando las bases históricas del Derecho global, y dando las claves para entender qué es, cuál es su naturaleza, cómo hemos llegado hasta aquí y cómo podemos controlarlo (es decir, regularlo). El coste de semejante estudio es que a veces parezca que olvidamos que estamos hablando de Derecho global, sobre todo debido al uso constante del método historicista (que consideramos indispensable) y los análisis jurídicos-abstractos, pero estos son planos irrenunciables para llegar a las conclusiones que queremos plantear.

Dicho todo esto, agradecemos al lector su atención, y esperamos juzgue con benevolencia un ensayo jurídico que presentamos para alcanzar el grado de doctor en la *Università di Bologna* y que, como no podría ser de otra manera, sometemos a cualquier opinión mejor fundada en Derecho.

## I. LAS PREGUNTAS. LA NATURALEZA DEL DERECHO, EL ESTADO Y LA LEGITIMIDAD.

1. El paso previo: la pregunta por el Derecho.

a) La irrupción del pluralismo global como presupuesto.

El siglo XXI no ha visto nacer, todavía, una dogmática jurídica propia. Es lugar común en el Derecho contemporáneo que el Estado y su producción jurídica están puestas en cuestión. Es cierto que, durante el siglo XX, el centralismo triunfante del modelo liberal de Estado emanado de la Revolución Francesa fue desbordado por dentro por una vuelta a la descentralización política y administrativa. Sin embargo, este no es, en nuestra opinión, el fenómeno que pone en jaque el poder del Estado. Las entidades político-administrativas regionales y las entidades locales, por muy generoso que sea su régimen de autonomía, incluso los Estados confederados, siguen preservando la vigencia del propio Estado como sujeto político y jurídico principal, y mayoritariamente titular de las relaciones internacionales, en virtud de su posición de sujeto natural de la Sociedad Internacional. Más bien, parece todo lo contrario, que el Estado ha continuado una nueva vida en el siglo XX, bajo la forma de un Estado descentralizado, o más condescendiente con la autonomía de las entidades territoriales inferiores.

No puede decirse lo mismo del lado contrario del fenómeno, es decir, el que se produce *ab extra* o desde fuera, o si se quiere, desde arriba. El auténtico motor del desplazamiento del Estado como centro del poder es la aparición de un nivel jurídico supranacional o supraestatal. Ambos términos se usan por lo general como sinónimos, a pesar de la evidente aberración política que supone confundir Nación con Estado. En cualquier caso, quede presente que ambos términos los empleamos como sinónimos, en la medida en que las consideraciones de Ciencia Política sobre el concepto de Nación no son de nuestro interés en este trabajo, ni son jurídicamente relevantes a los efectos del estudio de la supranacionalidad del Derecho. Supranacional o supraestatal significa, en definitiva, que el Estado ya no es la cúspide del ordenamiento jurídico, en el que el Derecho Internacional Público sería un Derecho puramente interestatal, no solamente jerárquicamente no superior al Derecho interno, sino Derecho interno él mismo, por adoptar la concepción más radicalmente estatal del Derecho Internacional, que es la hegeliana. La proliferación de niveles jurídicos, no solamente por “abajo”, sino también por “arriba” del Estado complica el sistema de fuentes, no sólo en un sentido formal de resolución de los conflictos normativos, sino también en un sentido material, mermando el poder del Estado mismo.

Dentro de la fenomenología multinivel, y en concreto de la supraestatal, el Derecho contemporáneo protagoniza una evolución por varias vías, que van a dar lugar a distintos conceptos y tipos normativos, y a su vez a distintas ramas del Derecho, algunas de las cuáles estudiarán conjuntos de normas que puedan identificarse con un ordenamiento jurídico, y otras simplemente serán normas diversísimas que respondan a un concepto (o a un tipo), pero sin constituir en sí mismas un ordenamiento, concepto éste a su vez vinculado a la teoría del Derecho público del siglo XX, que no necesariamente va a adaptarse bien a la realidad del Derecho supraestatal.

Pues bien, de este enrevesado conjunto de fenómenos de los que hablamos, el más conocido como ejemplo extraordinario de Derecho supraestatal es, sin duda, el Derecho europeo. Vacilante entre el Derecho Internacional, un Derecho aplicado a diversos Estados miembros pero reproductor del modelo estatal, o simplemente un *tertium genus*, parece que últimamente el Derecho europeo ha encontrado su lugar en la tercera de estas opciones, al asumirse ya con gran generalidad que no puede identificarse plenamente a la Unión con ninguno de los modelos previos de sujetos de la Sociedad Internacional. Del mismo modo, se ha discutido sobre si la Unión puede identificarse con un ordenamiento jurídico propiamente dicho o no, discusión que, como ya hemos dicho, es fútil, pues el concepto de ordenamiento fue construido por el institucionalismo jurídico italiano para el Estado, y su extrapolación es siempre complicada. O bien se modifica el concepto del ordenamiento jurídico para incluir el peculiar “ordenamiento” europeo, o bien se prescinde del concepto, y se buscan otros recursos metodológicos para categorizar el Derecho europeo. Del Derecho europeo no vamos a ocuparnos específicamente en el presente trabajo, si bien las referencias a éste serán constantes, pues es sin duda la rama más evolucionada y respetada del Derecho supraestatal, y lo que es más, nos sirve de puente entre el Derecho del Estado y el Derecho contemporáneo de la globalidad, un punto intermedio que es a su vez modelo (aunque limitado) para el resto del Derecho supraestatal.

Pues bien, conocido ya el ejemplo básico de Derecho supraestatal, es necesario avanzar hacia el conocimiento de un nivel jurídico supraestatal aún más oscuro: el Derecho global. Son muchos los



estudios que se han dedicado en los últimos años al Derecho global<sup>44</sup>. En cualquier caso, primero centraremos nuestra investigación en el Derecho global mismo como concepto, pues no podemos renunciar a formarlo, como paso previo al objetivo final del trabajo, que es dilucidar la naturaleza, legitimidad y efectos de sus normas; para otro estudio queda añadir la resolución de los conflictos que surjan con las normas internas. En nuestra opinión, el Derecho global es un nivel jurídico que tiene cuatro caracteres esenciales: supraestatalidad, tónica, hibridación y eficacia recepticia. Vamos a explicarlos.

La supraestatalidad, que es elemento esencial y presupuesto del Derecho global al mismo tiempo, significa la existencia de este nivel jurídico en un plano superior al ordenamiento jurídico del Estado, pero no superior en un sentido jerárquico, sino sencillamente, con una existencia Global. La supraestatalidad es la característica común de las ramas del Derecho que, en nuestra opinión, deben clasificarse dentro de la familia del Derecho supranacional: el Derecho Europeo, el Derecho transnacional, el Derecho administrativo Internacional y el Derecho global (incluyendo sus ramas menores, es decir, el constitucionalismo global, el Derecho administrativo global, principalmente).

Sin embargo, el Derecho Internacional Público no debe incluirse dentro de esta categoría o “familia” jurídica, pues existe precisamente como orden jurídico de una Sociedad entre los Estados, más allá de toda discusión sobre si su naturaleza es realmente la de un Derecho estatal externalizado (como dicta la mencionada doctrina hegeliana) o es un Derecho externo, como la doctrina internacionalista asume ya mayoritariamente desde el siglo XX. El protagonismo que el Estado mantiene en el Derecho Internacional Público lo separa de la familia supraestatal, porque se trata de hecho de un orden interestatal, lo cual es muy distinto. El Derecho Internacional Privado, por su parte, tiene una naturaleza bastante más discutible, pero por lo general no deja de ser un Derecho estatal de resolución de conflictos jurisdiccionales y normativos con el Derecho extranjero, si bien la

---

<sup>44</sup> Sólo a título ejemplificativo, enumeramos algunos de los títulos más importantes de la doctrina norteamericana, que es la fundacional en esta materia: KINGSBURY, B./KRISCH, N./STEWART, R. B. (2007): “The Emergence of Global Administrative Law”, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, Working Paper 2004/1, pp. 15 y ss; AMAN, A. C. (1999): “Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy, and the Furtherance of a Global Public Interest”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 6; SCHEDLER, A. (1999): “Conceptualizing Accountability”, en SCHEDLER, A./DIAMOND, L./PLATTNER, M.F. (Ed.), *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, Londres; KEOANE, R.O. (2006): “Accountability in World Politics”, *Scandinavian Political Studies* 29-2, pp. 75-87; DYZENHAUS, D. (2009): “Accountability and the Concept of Global Administrative Law”, en CORDER, H. (Coord.), *Global Administrative Law: Innovation and Development*, Kapstadt; ANTHONY, G./AUBY, J.B./MORISON, J./ZWART, T. (2011): Values in Global Administrative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, pp. 2-3; MARKS, S. (2005): “Naming Global Administrative Law”, *New York University Journal of International Law and Politics* 37, pp. 995-1001; MCLEAN, J. (2004): “Divergent Legal Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, 68, pp. 167-187; LADEUR, K.H. (2011): “The emergence of Global Administrative Law and transnational regulation”, IILJ Working Paper 2011/1; VERDIER, P. J. (2011): “Transnational Regulatory Networks and Their Limits”, *Yale Journal of International Law* 34-1; ABBOTT, K.W./SNIDAL, D. (2001): “International “Standards” and International Governance”, *Journal of European Policy* 8, pp. 345-370; ZARING, D. (2004): “Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration”, IILJ Working Paper 2004/6.

fortísima irrupción del Derecho europeo y su amplitud metodológica, que incluye diversas cuestiones sobre, por ejemplo, arbitraje y regulaciones supranacionales, permiten advertir en él una dimensión supraestatal. De hecho, el Derecho Internacional Privado es sin duda la rama del Derecho mejor situada para abordar el estudio de lo que podría llamarse el Derecho Privado Global (cosa impensable en el Derecho Público Global desde el Derecho Internacional Público, debido a su naturaleza estatal). Ahora bien, también hay que tener en cuenta que, como se verá, el Derecho global es en realidad un fenómeno híbrido, que debe ser abordado como conjunto sin distinguir una rama jurídico-privada y otra jurídico-pública.

La supraestatalidad sólo significa que el Derecho existe más allá del propio Estado, de manera que es esta rama del Derecho la que más severamente está carcomiendo el poder del Estado. Sin embargo, como se verá, aún dentro de este Derecho supraestatal, los tres primeros son de origen estatal, aunque posteriormente se independizan y cuestionan el poder de éste, mientras que solamente el último, el Derecho global, surge con total independencia del poder jurídico del Estado, y por eso es también su opositor más firme. Así, el Derecho europeo sería, por supuesto, el Derecho de la Unión Europea, que ya ha trascendido sus orígenes como organización internacional y ostenta, como decíamos antes, una naturaleza jurídica propia. Pero también debe incluirse dentro de este concepto, entendido en sentido amplio, el Derecho emanado de la Convención Europea de Derechos Humanos de Roma de 1950 y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Se trata en ambos casos del ejemplo más “arcaico” de Derecho supraestatal, en el sentido de que ambas ramas del Derecho Europeo nacen del Internacional, y tanto sus organizaciones (la Unión Europea y el Consejo Europeo) como sus normas (los Tratados Fundacionales y la Convención de Roma de 1950) han sido constituidas por el poder del Estado. Sin embargo, la realidad de su desarrollo ha sido muy distinta de la que correspondería en el Derecho Internacional Público: ambas se han erigido en instituciones de naturaleza propia y capaces de ejercitar un poder autónomo, con una enorme actividad que a menudo “irrita” (en el sentido vulgar del término) a los propios Estados fundadores. En nuestra opinión, este no es en absoluto un mal síntoma, sino un comienzo de un poder jurídico que está en pleno proceso de nacimiento, y que aún naciendo del Estado y teniendo paralelismos con éste, constituye un poder nuevo y distinto de los anteriores. Por otra parte, otras organizaciones internacionales capaces de “irritar” a sus propios Estados miembros, como la Organización de Estados Americanos o la Organización Mundial del Comercio, nunca han llevado su poder tan lejos como el Derecho europeo, de manera que aquéllas permanecen en el ámbito del estatalista Derecho Internacional Público, y éste ha alcanzado ya naturaleza de fenómeno supraestatal.

El Derecho transnacional, por su parte y estrictamente hablando, es Derecho (por lo general público) interno que tiene efectos extraterritoriales. Lógicamente, como veremos a lo largo del trabajo, si sus efectos son extraterritoriales, se producen en el territorio de otro Estado, porque precisamente el territorio es el gran monopolio estatal conservado en el Derecho contemporáneo. Pero entonces, cabría preguntarse si éste no es más que un Derecho público interno tradicional, que no tiene propiamente la característica de la supraterritorialidad, y que conserva (o incluso exagera) el poder del Estado, al extenderlo fuera de su territorio. Este planteamiento lo consideramos, sin embargo, erróneo. En primer lugar, existe supraterritorialidad desde el momento en que el Derecho público interno tiene unos efectos impensables en el Derecho tradicional. Otra cosa es que se trate de una supraestatalidad exclusivamente de los efectos del Derecho interno, y no de su creación y su aplicación dentro del territorio, que siguen siendo intraestatales. Pero es que el Derecho transnacional estudia, en nuestra opinión, precisamente los efectos extraterritoriales de las normas de Derecho público interno y sus mecanismos de reconocimiento y control, y no las normas propiamente dichas. Por otra parte, es cierto que se refuerza el poder del Estado cuyas normas tienen efectos extraterritoriales, pero igualmente se merma el del Estado que las soporta, cosa inimaginable en el Derecho del siglo XX, fundado en el concepto de soberanía. De ahí que todo Derecho estatal, potencialmente, puede ser invadido por los efectos extraterritoriales de un Derecho público externo.

Por otro lado, el Derecho administrativo Internacional tendría por objeto de estudio los efectos de un Derecho generado por las propias Administraciones Públicas en sus relaciones entre sí, más allá del ejercicio estatal de la soberanía en las relaciones internacionales. La doctrina alemana ha manejado este término como alternativa tanto al Derecho transnacional (que incluiría) como al Derecho global, como veremos más abajo. Sin embargo, la distinción metodológica es necesaria, porque no responden a la misma realidad. Por el contrario, existen demasiados supuestos de relaciones supraestatales de las Administraciones Públicas que no son propiamente Derecho global, aunque a veces se categoricen como tal. Como veremos más abajo, el elemento crucial para distinguir, en este caso, el Derecho administrativo Internacional del Global, es la hibridación.

El Derecho administrativo Internacional se enmarca más bien en el espacio de las relaciones de cooperación. Un ejemplo recurrente son los convenios entre Administraciones Públicas de distintos Estados, generalmente regionales o locales. Por ejemplo, un acuerdo entre un Ayuntamiento español y su equivalente alemán para la acogida de refugiados, ¿es Derecho administrativo Internacional o Derecho administrativo global? A nosotros no nos cabe duda alguna de que la respuesta es la primera. Semejante acuerdo sería supraestatal, es verdad, pero genuinamente jurídico-público. Al

fin y al cabo, el tipo de relación que se establece es el propio del nivel internacional, pero a un nivel inferior de poder administrativo, donde en teoría, al menos en la concepción clásica, estas entidades administrativas no tienen *a priori* ningún poder de representación internacional, que luego acaban ejercitando. Además, el hecho de que el acuerdo se califique -como suele ser habitual- de “pacto entre caballeros” o Derecho blando no introduce ningún elemento jurídico privado que permita observar la hibridación, porque el Derecho blando no es jurídico-privado en sí mismo, sino que es un instrumento jurídico al alcance también del Derecho público. Plátese la cuestión de una forma más prosaica: si hubiera un conflicto en la ejecución del acuerdo, ¿quién intervendría? No intervendría desde luego ningún tribunal arbitral o método privado de resolución de conflictos, sino los propios Ministerios de Asuntos exteriores, dada la entidad del problema sobre el que versa el acuerdo. Es cierto que otros acuerdos abordan materias más prosaicas, pero en cualquier caso, hemos utilizado este ejemplo para demostrar que en estos acuerdos entre Administraciones lo que hay es una relación jurídico-pública internacional, un fenómeno nuevo, sí, pero no de Derecho global, sino de Derecho administrativo Internacional, que se encargaría de estudiar estas relaciones a un nivel inferior al ejercicio internacional de la soberanía del Estado, la cual le corresponde al Derecho Internacional Público.

El Derecho global, por último, es el ejemplo más extraordinario del fenómeno de la supraestatalidad. Su surgimiento se vincula necesariamente a la manifestación normativa del poder privado en un ámbito supranacional, en el sentido de ser completamente independiente del poder del Estado. La supraestatalidad, en el Derecho global, significa siempre independencia respecto del Derecho estatal o de cualquier otro. Pero la falta de un poder centralizado y de un territorio de implantación del Derecho global deriva también en la ineficacia territorial de sus normas *a priori*, y de ahí que, como veremos, deba completar su eficacia mediante un proceso de “incardinación” en el sistema de Derecho estatal. Pero de momento continuemos con esta explicación.

La segunda característica que proponíamos en el Derecho global es la tópica. De momento, bastará con enunciarla. La filosofía jurídica del siglo XX ha intentado recuperar la tópica como método, ante el predominio dogmático del sistema. El sistema es el modelo racional sobre el que se ha construido el Derecho del Estado. Por contra, la tópica es el modelo flexible y sensible al caso concreto, capaz de resolver problemáticas muy complejas pero sin posibilidad de extrapolar las soluciones a casos similares. No es este el lugar de entrar en el debate. Más bien, creemos que es mejor táctica emplear en cada caso el método que mejor se adapte a la rama de estudio.

En el caso del Derecho global, las soluciones aportadas por sus normas son inequívocamente tópicas. Esto es así porque sus normas, por lo general de importante perfil técnico, presentan

soluciones concretas a problemas circunstanciales, es decir, son eminentemente tópicas. Ahora bien, tal cosa tiene como consecuencia el problema fundamental del Derecho global, que es la falta de sistema. Sin sistema, no se puede garantizar el sometimiento de las normas a principios jurídicos fundamentales, principios que a su vez representan valores de las sociedades modernas, principalmente, la democracia y los derechos humanos. Las normas del Derecho global representan, mayoritariamente, intereses privados, aquellos de los sujetos que crean las normas. Para someterlas a los principios y valores de los ordenamientos jurídicos modernos, es necesario someterlos al orden del sistema. Lograr este objetivo es materia a la que dedicaremos gran parte del presente trabajo. Ahora bien, cabe ya adelantar algo importante. La dificultad de las normas tópicas de Derecho global es su integración en el sistema, y lo que es más, en el sistema jurídico de cada Estado. Que esto derivará en una efectividad plural del Derecho global, es indudable, pero es consecuencia de la naturaleza de éste, que no puede garantizar por sí sólo ni su legitimidad democrática ni su respeto a los derechos fundamentales.

En estos términos, y sin tener un territorio de aplicación propio, no es admisible su eficacia territorial sin la previa admisión de la norma por parte del Derecho del Estado. Ahora bien, es cierto que esto va a implicar que diferentes normas tengan una aplicación distinta en cada ordenamiento. Por ejemplo, una misma norma de Derecho global puede aplicarse directamente en un ordenamiento por considerarse admisible sin matices, someterse a una interpretación conforme con la Ley imperativa interna en otro y rechazarse su aplicación en un tercero. No hay una única solución a la introducción de la norma externa dentro del Derecho del Estado. Pero el proceso debe ser completado necesariamente, a pesar de que la solución sea una cierta “transformación” de la norma privada supranacional y una aplicación divergente en distintos Estados. No es posible primar la eficacia directa del Derecho global sobre la soberanía del Estado en el territorio, al menos no a día de hoy. El Derecho supranacional, en nuestra opinión, necesita por su propia naturaleza la asistencia del Derecho del Estado para “completar” el poder imperfecto o incompleto de los sujetos de los que emana. En los cuatro ejemplos de Derecho supraestatal que he enumerado, los cuatro requieren en algún momento de la intervención última del poder del Estado. Esta necesidad del Estado y su poder jurídico remarca que éste permanece como el más poderoso sujeto del Derecho moderno, pero lo importante es observar el matiz de que ya ha perdido el monopolio que ostentaba tradicionalmente, de manera que probablemente estamos en un cierto punto de la evolución hacia un Derecho supraestatal plenamente independiente.

Otro elemento esencial del Derecho global, íntimamente relacionado con el anterior, y que abre camino hacia la realidad del Derecho contemporáneo, es la hibridación. La hibridación no significa,

ni mucho menos, la desaparición de la distinción entre Derecho público y Derecho privado. La distinción sigue plenamente vigente, al menos en los órdenes jurídicos que reflejan una distribución del poder basada en la separación entre Estado y Sociedad. La distinción es, en nuestra opinión, plenamente aplicable, no sólo en el Derecho interno, sino también en muchos ámbitos del Derecho supranacional (Derecho europeo, Transnacional, Internacional Administrativo), debido a que en todos ellos hay una distinción clara entre la internacionalización del poder público y el sometimiento de los sujetos privados a su régimen jurídico.

Sin embargo, esto no sucede así en el Derecho global. En el Derecho global, el sujeto no se limita a padecer el poder público, sino que determinados sujetos privados lo ejercitan, incluso sin ninguna legitimidad *a priori*, sino en virtud de su poder de facto. Esta característica fundamental del Derecho global lo distingue, en nuestra opinión, del resto de ramas del Derecho supraestatal. El sujeto privado se sitúa en una posición de poder, de manera que ejercita potestades públicas, incluyendo -y muy especialmente- la potestad normativa, mientras regula materias de claro interés público, pero observando intereses puramente privados. Esta mezcla, que justificaremos a lo largo del trabajo, es en nuestra opinión característica inequívoca del Derecho global, que no se encuentra en otras ramas del Derecho supranacional. Siguiendo el ejemplo del Acuerdo entre Ayuntamientos que mencionábamos más arriba, la falta de un elemento privado descarta, en nuestra opinión, que pueda hablarse en aquél caso de Derecho global o Derecho administrativo global.

Por último, hemos mencionado como característica esencial del Derecho global la eficacia recepticia de sus normas. He aquí el problema central del presente trabajo. Porque nuestro estudio aspira a elaborar una teoría de las normas supranacionales en el Derecho público, una teoría que se fundamentará en intentar reconducir esta realidad pluralista a los esquemas del monismo, es decir, de la tónica de las soluciones normativas privadas internacionales, que responden a intereses privados y raramente a los públicos, al sistema racional y capaz de garantizar los principios fundamentales del ordenamiento. Sólo a lo largo del texto se comprenderá la naturaleza del problema, y por lo tanto también, de la solución. Pero cabe decir, de momento, que de las posibles opciones dogmáticas sobre la eficacia del Derecho, no hemos identificado ninguna más segura que la recepción individual de las normas. La eficacia automática de las normas privadas supranacionales no es admisible en absoluto, porque como ya sabemos, estas normas no responden ni a un fundamento democrático, ni de respeto a los derechos humanos, ni mucho menos los sujetos privados que dictan las normas privadas supranacionales pueden tener el poder de asegurar su eficacia automática, ni personal ni territorial. La naturaleza privada de las normas privadas supranacionales exige que el sujeto privado al que se le van a aplicar tenga la opción de recibirlas o

no. Más aún, muchas de estas normas tienen un sentido económico, y aparecen en entornos competitivos, donde diferentes sujetos privados emiten normas diversas, que “compiten” entre sí en el mercado. Evidentemente, no pueden ser eficaces ambas normas a la vez. Aquí, al contrario de lo que, lógicamente también, rige en el Derecho del Estado, la eficacia de las normas debe ser recepticia, es decir, que debe contar con el consentimiento específico del sujeto al que van a ser aplicadas. Esta es otra característica específica del Derecho global, que no se verifica en las normas supraestatales europeas, transnacionales o inter-administrativas, precisamente porque éstas son normas siempre de Derecho público, que tienen la eficacia directa de la que las normas privadas supranacionales carecen.

Comencemos entonces el estudio del Derecho global y de las normas privadas supranacionales, que son en definitiva, del producto normativo de aquél, y en particular de la rama de éste que nos interesa, el Derecho administrativo global. Comenzaremos en primer lugar por un análisis de los conceptos jurídicos fundamentales que altera el orden jurídico global, examinando en qué consisten esos cambios, desde la perspectiva de una contraposición entre la tradicional legitimidad de las normas del Estado, y la legitimación como procedimiento para “elevar” las normas supranacionales a la legitimidad. En segundo lugar, realizaremos una propuesta metodológica, continuaremos con el estudio de la naturaleza de las normas privadas supranacionales, seguiremos con las propuestas teóricas sobre su aplicación y los principios fundamentales a los que deben someterse, y terminaremos con un ejemplo práctico sobre cómo pueden introducirse en el sistema. No podríamos continuar sin advertir, primero, que el papel central de la teoría vamos a depositarlo en el Juez nacional, que será quién tenga que decidir la introducción o no de las normas privadas supranacionales en el sistema. Como se verá, todo estudio sobre un problema apenas abordado tiene una vertiente de creación dogmática, y también sin duda una vertiente experimental. Veamos cómo se articulan todas estas propuestas.

Pues bien, nuestra intención en la presente obra es examinar el contexto institucional en el que aparecen las normas supranacionales. Ahí la evolución está clara: la potestad legislativa (que examinaremos más tarde) es un fenómeno que se produce dentro del Estado. Pero con la difuminación del poder estatal y su posición de titular monopolístico de la potestad legislativa (que no hegemónico, pues esa posición sí que la mantiene) aparecen espacios en los que otras entidades supraestatales pueden ejercitar poderes legislativos. Éstos, por supuesto, son asistemáticos y dispersos, a diferencia de la potestad legislativa del Estado, fundada en principios y axiomas -hoy muchos de ellos constitucionalizados- y bien organizada. Para aplicar las normas supranacionales, habrá que recurrir a métodos que permitan su integración en el sistema normativo del Estado, bien

mediante su incorporación a normas internas -lo que no excluye por sí solo que puedan tener efectos interpretativos- bien mediante su aplicación directa, previo control de respeto a los principios del sistema de Derecho interno -derechos fundamentales, orden público-.

b) Hacia un nuevo concepto de Derecho.

Pero no adelantemos acontecimientos. Antes de llegar a ese punto, es necesario partir de una pregunta radical: a saber, si las normas supranacionales son o no son Derecho. Esta pregunta radical nos lleva a otra más radical aún, qué es el Derecho. Ésta última es, naturalmente, una pregunta jamás resuelta, como ya rezaba el aforismo kantiano. Evidentemente, abordar aquí una teoría del Derecho está totalmente fuera de nuestro alcance, y sin embargo afrontar el problema del concepto de Derecho es ineludible para situar las normas supranacionales. Pero es que incluso bajando hasta la misma definición de Derecho objetivo no se zanja la polémica, porque la respuesta dependerá, como es natural, de la concepción del Derecho que se contemple. Aquí vamos a recorrer brevemente la historia de algunas de las concepciones del Derecho más sobresalientes, para optar por una propuesta inclusiva de las normas supranacionales.

Sin embargo, este será el segundo punto de nuestro debate. Por encima de la eterna discusión sobre el concepto de Derecho, hay un error metodológico fundacional en todas las teorías del concepto de Derecho. Como ya observó HEIDEGGER a cuenta del estudio del ser, el primer error es la asunción de su existencia, y el primer paso de su análisis debe ser la pregunta sobre éste. Esto no significa ni mucho menos negar la existencia del ser (o en este caso, del Derecho) sino que establece el principio metodológico litúrgicamente iniciático de toda ciencia ambiciosa, la demostración de la existencia de su objeto de estudio, excepto, claro está, para la Teología. Pero para las ciencias con un objeto de estudio que es por naturaleza limitado -así, el Derecho- no basta, por lo tanto, asumir como “obvia” la existencia del Derecho para estudiarlo como concepto<sup>45</sup>.

Plantearse la existencia del Derecho en un estudio de contenido jurídico puede parecer cuanto menos sorprendente. Pero no sólo no es sorprendente, es que de hecho es indispensable. Se trata de que precisamente porque es jurídico, en el presente trabajo nos planteamos una cuestión jurídica radical, la inclusión o no de ciertas normas cuya juridicidad es cuestionable en el sistema de fuentes, y en el contexto de un cambio de paradigma en la ciencia del Derecho. No se puede responder a

---

<sup>45</sup> Así, dice HEIDEGGER a cuenta del ser que “*La apelación a lo obvio en el ámbito de los conceptos filosóficos fundamentales, y sobre todo con respecto al concepto de “ser”, es un dudoso procedimiento, si es verdad que lo “obvio” y sólo lo obvio —“los secretos juicios de la razón común” (Kant)— debe ser y continuar siendo el tema expreso de la analítica (“el quehacer de los filósofos”)*” (HEIDEGGER (2003:15).



semejante pregunta sin acudir, si quiera brevemente, a las profundidades de la teoría jurídica. No es respuesta al problema de las normas supranacionales limitarse a afirmar que existen documentos de organismos de todo tipo que incluyen predicados que parecen prescriptivos y que después algunos siguen. Es necesario conocer la naturaleza jurídica de semejantes predicados -si la tienen-, su legitimidad, su aplicabilidad, la resolución de los conflictos de normas que generan. Para responder a estas preguntas el Derecho necesita recurrir a los recursos metodológicos de materias más abstractas -la Filología, la Filosofía, la Teología incluso- porque le cuesta dotarse de los instrumentos de investigación científica por sí solo.

Si todavía parece inútil plantearse la misma existencia del Derecho, entonces hay que demostrar que el Derecho objetivo, como concepto, es un contingente. Resulta tremendamente fácil definir el Derecho objetivo como un conjunto de normas. Esta definición resolvería todos nuestros problemas, porque las normas supranacionales son normas, por lo tanto el mero fenómeno de la acumulación de normas supranacionales sería Derecho. Evidentemente, no es tan sencillo. La definición planteada de Derecho tiene dos problemas: el primero es que asume el concepto de norma jurídica. El segundo es que se limita a definir el Derecho objetivo como algo sustancialmente igual a sus normas, porque sería la mera designación de un conjunto de éstas.

En cuanto a lo primero, es cierto que la existencia de las normas jurídicas es presupuesto de la existencia del Derecho, pero entonces volvemos al problema metodológico inicial: no se puede asumir la existencia de la norma jurídica, hay que demostrarla. No obstante, y debido a la extensísima atención que se ha prestado a este concepto en la Teoría del Derecho, considero que es innecesario detenerse aquí en definiciones. Bastará con probar la existencia de las normas jurídicas. Existen predicados prescriptivos, cuya característica es imponer una conducta a un tercero. Además,

esta conducta puede encuadrarse dentro de una de las tres llamadas categorías deontológicas: mandato, prohibición y permiso. Pues bien, aquí tenemos las normas<sup>46</sup>.

La cuestión ahora estriba en qué necesitan las normas para ser “jurídicas”. Sólo serán normas jurídicas las que integren un ordenamiento jurídico, es decir, las que sean Derecho objetivo. Ahora bien, la mera suma de normas no puede conformar un ordenamiento jurídico. Si fuese así, ya lo hemos dicho, norma, ordenamiento y Derecho serían conceptos cualitativamente iguales, sólo diferenciados en la cantidad de normas a las que hacemos referencia. No existiría un Derecho objetivo como mero conjunto de normas deshilvanadas. Por eso una definición más sutil afirma que el Derecho objetivo es un conjunto “ordenado” de normas. Ahora no importa ordenado cómo, importa sólo que es ordenado. Ahora bien, un Derecho objetivo como conjunto de normas ordenadas tampoco es ontológicamente necesario. Es un contingente, cuya existencia hay que demostrar.

Aquí se ve ya, con toda crudeza, la naturaleza del problema. Hemos llegado a la conclusión de que las normas existen; aún más, de que existen algunas normas cuya naturaleza es supranacional, cuya legitimidad no se funda en la potestad legislativa del Estado y que sin embargo son prescriptivas para sujetos particulares (todos ellos sometidos, a salvo casos de apatridia -en todo caso excepcionales e indeseables- a algún Derecho estatal). Pero de ahí no se sigue que exista un sistema ordenado de normas, menos aún de que exista uno sólo, y menos aún de que las normas supranacionales pertenezcan a uno de éstos sistemas ordenados de normas. Es decir, está por demostrar que las normas supranacionales sean Derecho.

Las teorías sobre la juridicidad de las normas han variado. Entre las más conocidas, la positivista del siglo XX más conocida, representada por KELSEN o NAWIASKY, residencia, como hemos visto,

---

<sup>46</sup> “*Todo Derecho consiste en normas que prescriben un comportamiento externo, ya consista en un hacer o un omitir -incluyendo este segundo un soportar (omitir la reacción). Así se distinguen las normas del Derecho de las que imponen un comportamiento interno, tales como las de la Religión y la Moral*” (NAWIASKY (2002:30); “*La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo. un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres*” (KELSEN (2009:21). No compartimos aquí el requisito de la coactividad como esencial, tal y como propone éste último autor, así en KELSEN (1979:52): “*Si la coacción en el sentido aquí definido es un elemento esencial al Derecho, entonces las normas que forman un orden jurídico tienen que ser normas que establezcan actos coercitivos, es decir: sanciones*”. En el mismo sentido otro positivista de su época, el ya citado NAWIASKY (2002:31): “*la norma jurídica es una norma coactivamente equipada*”. La propia realidad de las normas supranacionales desmiente esta afirmación, pues gran parte de las normas supranacionales carece de auténtica fuerza coactiva directa, ni tienen las instituciones de las que emanan instrumentos de coacción equivalentes a los del Estado (aunque pueden tenerlos). Sí que es más común que estas instituciones supranacionales puedan presionar de una forma u otra a los destinatarios de las normas con consecuencias por el incumplimiento de sus normas, en cuyo caso habrá que categorizar esta “fuerza de hecho” como una auténtica potestad y someterla a la regulación y control que proceda. Pero ya habrá tiempo de ocuparse de este asunto. En lo que importa ahora, las normas supranacionales no son normalmente normas coactivas, ni siquiera van acompañadas necesariamente de un aparato coactivo institucionalizado.

la juridicidad de las normas en su coactividad. Los diferentes realismos jurídicos, por ejemplo, han confiado la juridicidad de las normas a su eficacia en la sociedad (el escandinavo) o en su aplicación judicial (el americano). Sin embargo, ninguna de estas teorías satisface la justificación de la juridicidad de las normas supranacionales que necesitamos aquí.

La coactividad de las normas supranacionales ya ha sido desmitificada: podría existir, pero en ningún caso es esencial, hasta tal punto que incluso muchas de estas normas son calificadas como “derecho blando” (*soft law*). Su eficacia podría ser un buen argumento de defensa, pero presenta el fuerte escollo de que la eficacia sólo puede comprobarse *ex post*, y desde luego la cualidad de jurídicas de estas normas debe existir *ex ante* o *a priori*. No se puede declamar la pertenencia a un sistema de una norma sólo una vez que ésta ha sido aplicada, esto debe suceder antes.

Si no son diferentes *a priori*, una Ley Orgánica, una norma supranacional y el mandato prescriptivo de un rufián podrían tener la misma naturaleza al ser igualmente eficaces, si no se demuestra lo contrario. La Teoría del Derecho (especialmente la realista escandinava) ha abusado recurrentemente de este reduccionismo, sugiriendo a veces que efectivamente el mandato prescriptivo o coactivo del rufián es Derecho. De ser cierto este reduccionismo, la afirmación, creemos, debería ser más bien la contraria: el Derecho no existe. Recordemos de nuevo que la existencia del Derecho no se sigue necesariamente de la existencia de las normas. Son conceptos sustancialmente diferentes. Y tampoco el Derecho es ontológicamente necesario. La reducción de las normas a mandatos coactivos, o incluso meramente eficaces, nos lleva a elevar al mismo nivel las normas supranacionales que a cualquier otra, es cierto, pero no subiéndolas al pedestal de las Leyes del Estado, sino rebajando éstas últimas al pozo del mandato del rufián.

Existirían entonces normas supranacionales coactivas, tanto como cualquier otras. En cuyo caso, los conflictos internormativos deberían resolverse en favor de la norma más eficaz. Es decir, si una norma supranacional y una norma estatal entraran en conflicto, al ser ambas igualmente coactivas, habría que resolver el conflicto en favor de aquella que estuviera en mejor posición de ser impuesta de hecho en el caso en concreto, de manera que la eficacia de las normas dependería del aparato coactivo-institucional que subyace a su implantación. Así, una norma supranacional impuesta por una organización internacional débil cedería ante la fuerza de un Estado que se niega a aplicarla en su territorio; y una Ley de un Estado débil cedería ante la norma supranacional emanada de un poderoso organismo supranacional, incluso privado. Suponemos también que una norma del Estado debería ser inaplicada ante un conflicto con la norma impuesta por el rufián, si en el caso concreto éste tenía más medios para imponer su norma que el Estado para imponer la suya.

Evidentemente, y aunque la realidad fáctica en ocasiones pueda llegar a parecerse, las situaciones descritas no se corresponden con la problemática de un sistema de fuentes bien construido. El Derecho es un conjunto ordenado de normas, y está ordenado por una serie de principios y axiomas, como todo sistema. Los problemas con su definición, que como hemos dicho KANT ya observaba, tienen que ver también con su misma existencia.

En realidad, parte de este debate puede atribuirse a una contumacia lógica y justificada del jurista por afirmar el modelo de ordenamiento y la teoría jurídica en la que se ha formado, aunque haya quedado descontextualizada por el mero transcurso del tiempo. No puede haber acto de fe más peligroso que creer inquebrantablemente en nuestras propias construcciones. Como se verá, la renuncia a la teoría de la recepción de las normas jurídicas surge ya en SUÁREZ para reafirmar el poder real, y es heredada por el modelo de Estado liberal kelseniano para consolidar el poder soberano de la nación. Este proceso, fundamental para la construcción de las democracias modernas, sin embargo, es exactamente esto, una construcción. Las normas jurídicas no necesariamente ostentan una eficacia directa no recepticia, y en un contexto de poder dividido como el del Derecho global este mecanismo nos parece indispensable para articular un régimen jurídico de sus normas.

En el presente trabajo afirmamos con rotundidad la existencia del Derecho objetivo, y por lo tanto del conjunto de normas ordenado por principios, y éstos a su vez fundados en conceptos éticos que subyacen y preexisten al sistema, y que no siempre están positivizados. Mantenemos, por lo tanto, una concepción heredada del iusnaturalismo, pero no propiamente iusnaturalista. Además, afirmamos que las normas supranacionales, primero, tienen la estructura propia de las normas jurídicas y que por lo tanto deben identificarse como tales (y no como meros “estándares”) y segundo, que están informadas por esos mismos principios, que revierten siempre en uno sólo, la realización de la Justicia. Esta fundamentación principal es la que no puede predicarse del mandato del rufián. Pero esta posición requiere mayor reflexión, en la que el lenguaje adoptará un protagonismo fundamental, como se verá.

## 2. El Derecho como concepto definido.

Sólo una vez que asumimos que existen unos principios jurídicos que imprimen un orden sistemático al conjunto de normas podemos afirmar la existencia del Derecho. Pero debemos tener cuidado con el concepto de “orden sistemático”, porque no nos referimos a un sistema cerrado y perfecto sin lagunas (tal cosa sencillamente no existe), sino a un cierto orden en las relaciones entre

normas individuales, más o menos complejo pero que es suficiente como para afirmar que las normas internas al sistema se relacionan entre sí, y al mismo tiempo insuficiente como para constituir un sistema perfecto. Superada esta etapa, es necesario pasar a la siguiente: definir el Derecho. Sólo entonces sabremos si las normas supranacionales pueden inscribirse en este concepto. Pero como también sabemos, la respuesta a la pregunta de si las normas supranacionales son Derecho dependerá igualmente del concepto que se tenga de éste.

De nuevo, hacer aquí un análisis de las teorías del concepto de Derecho objetivo resulta fútil, pero es indispensable para presentar la nuestra. Para no perdernos en una infinidad de referencias bibliográficas, recurriremos a la mejor exposición que conocemos en la literatura jurídica española: la del Profesor F. DE CASTRO<sup>47</sup>.

El derecho en su sentido objetivo se define clásicamente como un conjunto de normas, preceptos o reglas, o en su expresión latina *ius est norma agendi*<sup>48</sup>. En realidad, la definición del concepto de derecho es el mayor quebradero de cabeza de la ciencia jurídica. Clásica es la aseveración de KANT: “todavía buscan los juristas una definición de su concepto del derecho”<sup>49</sup>.

Por un lado, desde un punto de vista del lenguaje su etimología latina deriva de *directum*, y ésta a su vez de *regere*, regir o dirigir en una dirección. Esta etimología la comparten todas las lenguas europeas<sup>50</sup>, aunque en algunos casos, como el inglés, se emplea el concepto de derecho como norma, *law*. De forma similar, en Roma se empleaba el concepto de *ius*, cuyo origen etimológico, aunque muy discutido, está emparentado con *iustitia*, que deriva de *ius* y no al revés, como sostuvieron ULPIANO, SAN ISIDORO DE SEVILLA y GRACIANO, y probablemente está emparentado también con *iurare*, de la raíz indoeuropea IU que expresa una idea de vínculo o unión con un matiz religioso.

En Derecho Romano, ULPIANO, siguiendo a CELSO, definió *ius* como *ars boni et aequi*, la técnica de lo bueno y de lo justo<sup>51</sup>. El *ius* correspondía a los conceptos de justicia de la sociedad romana aplicados por sus jueces y jurisconsultos, basados en las costumbres de los antepasados, *mores*

---

<sup>47</sup> DE CASTRO (1955:11).

<sup>48</sup> CASTÁN (1986: 101); ALBALADEJO (2013: 17). Ambos discuten la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, y CASTÁN lo hace muy ampliamente.

<sup>49</sup> Modernamente, MAYER considera imposible hallar una definición, y así muchos otros Vid. CASTÁN Op. Cit. pág. 68, y MAYER, Filosofía del Derecho..

<sup>50</sup> CASTÁN (1986:58).

<sup>51</sup> ULPIANO, Instituciones, D. 1.1.1. pr.1, citado en GARCÍA GARRIDO (1995: 157).

*maiorum*, y se distinguía del *fas*, definido como lo conforme a la voluntad de los dioses. ULPIANO define *aequitas* como *honeste vivere, neminem laedere, y suum quique tribuere*.<sup>52</sup> Las ideas iusnaturalistas son imperantes en esta época, tanto entre los abogados (e.g. CICERÓN en DE REPUBLICA o DE LEGIBUS) como los jurisconsultos (e.g. el propio ULPIANO).

Aunque el término *ius* es sustituido en la Edad Media por Derecho en las lenguas latinas, su concepto permanece. El iusnaturalismo cristiano defendió durante siglos la noción de Derecho asociada a la Moral, el *ius* y el *ethos*, y a través de ella en último término a la religión, la *lex aeterna*, aunque en la cultura occidental de raíz greco-romana y judeo-cristiana siempre existió la distinción entre las normas que rigen la vida (las morales y religiosas) y las que rigen las relaciones humanas (las normas sociales), de las cuáles las jurídicas son la expresión máxima. Éstas deben ser obedecidas aunque sean injustas, según SANTO TOMÁS, *propter vitandum scandalum vel turbationem*.<sup>53</sup>

Por su parte, el desarrollo del pensamiento científico desde el siglo XVII impulsó una concepción positivista del derecho, que da origen al positivismo jurídico. Como concepto, el Derecho positivo es el vigente. Según ALBALADEJO, su origen etimológico es del latín *positus* (puesto) y es el Derecho que rige en el determinado momento en que se contempla<sup>54</sup>.

Para los clásicos civilistas españoles, se inicia entonces una carrera por separar la Moral y el Derecho que sólo lleva a un uso partidista de la norma positiva. La positividad y relatividad del derecho ya había sido defendida por los SOFISTAS en Grecia<sup>55</sup>. Más tarde, la teoría nominalista de OCCAM intenta separar ley natural y sociedad ya en el s. XIV. En el renacimiento, el antropocentrismo aplicado a la política (MAQUIAVELO) y el protestantismo han sostenido la separación entre Derecho, política y Moral. LUTERO o HOBBS mantienen posiciones de descrédito del Derecho Natural, y SPINOZA lo funda en la razón individual y en las “necesidades del hombre”. HUGO GROTIUS funda la llamada Escuela protestante del Derecho Natural, que junto con sus seguidores PUFENDORF, WOLF y TOMASIO redundan en esta visión individualista.

---

<sup>52</sup> ULPIANO, 1 reg. D. 1.1.10. pr., citado por GARCÍA GARRIDO (1995:158).

<sup>53</sup> También son normas sociales los usos. En último término, ambos cuerpos de normas tienen su fundamento en la ley natural, que es consecuencia del orden racional del Universo. En el siglo XX, BONNECASE, perteneciente a la corriente del realismo espiritualista, afirma que el Derecho es la forma bajo la que se manifiesta la idea de orden que rige el Universo en la esfera de la vida social.

<sup>54</sup> ALBALADEJO (2013:17).

<sup>55</sup> Pero siempre a la sombra de las ideas iusnaturalistas de SÓCRATES.

Con la Ilustración al Derecho se le priva del origen natural. Para KANT el derecho no es más que un mecanismo coactivo de armonización de voluntades individuales y para ROUSSEAU la expresión de la voluntad general, independientemente de la moralidad de la norma que resulte de esa “voluntad”. HEGEL mantiene que es la “esencia del concepto absoluto de la autoconsciente libertad”, consagrando el Derecho como creación artificial humana. Para los románticos pone trabas a los derechos subjetivos innatos, para el liberalismo económico impone trabas al librecambio. Para las teorías socialistas, es una forma de dominación que debe ser eliminada condenando a la abolición del Estado y la ley (el anarquismo) o a su propio agotamiento, al ser sustituido el “gobierno de personas por la administración de cosas y la dirección del proceso de producción” (ENGELS) momento en el que desaparecería la ley y sólo quedaría espacio para la economía (el marxismo). Este fue también el planteamiento originario de la Unión Soviética<sup>56</sup>. Por su parte, las teorías puramente científicas de DARWIN, MALTHUS y COMTE dan sustento a diversas formas de positivismo jurídico que someten al Derecho a los imperativos de la economía, la psicología, la sociología o incluso el análisis zoológico de las conductas del hombre.

Ahora bien, después del triunfo del positivismo en el siglo XIX, el siguiente siglo revaloriza el iusnaturalismo, y los positivistas vuelcan sus teorías en una explicación del conjunto del Sistema jurídico. El positivismo del siglo XX siguió la estela de KANT y así KELSEN forjó su Teoría Pura del Derecho, que reduce el Derecho a un complejo normativo, en el que el concepto central es precisamente la norma jurídica, el Ser (*Sein*), y que desprecia el contenido de la norma como Deber Ser (*Sollen*)<sup>57</sup>. Postura esta rectificada por la propia doctrina alemana, pues según RADBRUCH, toda obra humana (como lo es el derecho) sólo puede ser conocida a través de su idea, la concepción del Deber Ser que su creador ha intentado aplicar en el Ser<sup>58</sup>.

Entre los autores españoles, dice CASTÁN que la tradición que arranca con la Escuela de Salamanca es siempre la defensa de la concepción objetiva y ética del Derecho. Paradigmática es la obra del Padre SUÁREZ S.J.<sup>59</sup>. DE CASTRO considera que la definición positivista del Derecho

---

<sup>56</sup> Que aspiraba a la desaparición del “opresor” Derecho Civil mediante su propio vacío de contenido al desaparecer la sociedad que, se suponía, lo justificaba; pero toda esta teoría se borró de la doctrina soviética al adoptar STALIN el Derecho para los fines de su propio gobierno, apareciendo una nueva “teoría oficial” de VISHINSKY y GSOVSKY que lo ajustaba a los fines de la URSS.

<sup>57</sup> Sin tener en cuenta que el derecho no puede reducirse a la norma jurídica, que no deja de ser una institución jurídica más.

<sup>58</sup> Con el famoso ejemplo de la mesa, CASTÁN (1986:69).

<sup>59</sup> Esp. De legibus.

intenta imponer una concepción necesariamente materialista del Derecho.<sup>60</sup> CASTÁN critica el positivismo porque, aunque hace algunas aportaciones valiosas, cree que un buen sistema jurídico debe conciliar su elemento metafísico y ético con su desarrollo histórico-social<sup>61</sup>. DE DIEGO, que sí que se atreve a dar una definición de derecho, afirma que es “*la ordenación de la libre voluntad al bien exigido imperiosamente por las relaciones esenciales de la sociedad*”<sup>62</sup>. Según GARCÍA DE ENTERRÍA, el Derecho debe partir de una concepción sustancialista y no formal, que debe encontrarse en los principios generales del Derecho, y no tanto en una metafísica de la justicia o en una exégesis axiomática del derecho<sup>63</sup>. Para SANTOS BRIZ, este renacer de la conexión entre la Moral y el Derecho va asociado también a los derechos fundamentales y su reconocimiento constitucional e internacional, plasmándose en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948 o la Convención de Roma sobre protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950<sup>64</sup>.

En la actualidad, sí que es posible establecer una serie de caracteres del Derecho sobre los que hay consenso. CASTÁN los divide en caracteres externos e internos, que serían, según este paradigma “legalista corregido” del siglo XX, los siguientes: la bilateralidad, que es probablemente el requisito más claro, y es enunciado ya por las escuelas filosóficas antiguas, y puede encontrarse en obras clásicas<sup>65</sup>. El Derecho, que regula las relaciones sociales, se refiere siempre a la conducta de unos sujetos en relación con otros. Dice CASTÁN de las normas morales que crean deberes solamente, pero las jurídicas crean, al mismo tiempo, una facultad o pretensión para la otra parte. En segundo lugar, la imperatividad. También es un requisito clásico, defendido en la Escuela de Salamanca por el PADRE SUÁREZ. Toda norma jurídica contiene un mandato. Éste puede ser positivo o negativo, pero la norma impone una conducta, y suele hacerlo coercitivamente. Sin embargo, para la mayoría de la doctrina (y especialmente para la iusnaturalista), la coerción, como hemos dicho

---

<sup>60</sup> DE CASTRO (1953:12).

<sup>61</sup> CASTÁN (1986:63). Resulta muy valiosa su crítica, especialmente a la tendencia del positivismo a la politización del derecho y a relegar al jurista a la labor de mero técnico, aunque como se verá en el caso de las normas supranacionales, la crítica debe más bien hacerse en sentido contrario: su contenido altamente técnico no debe ocultar la política jurídica que subyace en ellas.

<sup>62</sup> DE DIEGO, C. *Curso elemental de Derecho Civil español*, t. 1, pág. 7, citado por CASTÁN (1986:62).

<sup>63</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, E. (1963): Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho administrativo, *Revista de Administración Pública*, 40.

<sup>64</sup> SANTOS BRIZ, J y SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (2003): *Tratado de Derecho Civil, Teoría y Práctica, Parte General*, Barcelona: Bosch, 11, que citan sobre este punto a PÉREZ SERRANO, N. *La evolución de las declaraciones de derechos*, 1950.

<sup>65</sup> Así por ejemplo CICERÓN en DE LEGIBUS afirma que la ley es razón, que conforme a la naturaleza manda unas cosas y prohíbe las contrarias. Precisamente porque, siguiendo a ARISTÓTELES, el hombre es un animal social.



más arriba, no es un elemento esencial del Derecho ni indispensable para la imperatividad, ni en la forma de sanción ni en cualquier otra. Sí que lo es, desde luego, para KELSEN y sus seguidores.

A estos dos se añaden otras características aún más dudosas, que sirven precisamente para poner en cuestión la cerrada dogmática conceptual a la que el normativismo pretende reducir el Derecho. La mayor de estas polémicas se ha dado con el llamado requisito de la generalidad. Es un requisito polémico, muy consolidado en la tradición jurídica clásica. El PADRE SUÁREZ lo afirmó en su DE LEGIBUS, pues para él la ley es esencialmente un precepto común, es decir, impuesto a la comunidad. Y aunque mencione expresamente a un determinado colectivo o sólo afecte a algunos miembros de la sociedad, la ley siempre tiene vocación general o común<sup>66</sup>. En la actualidad es dudoso que este requisito sea esencial. En parte, el llamado *soft law* escapa de esta concepción, como también lo hacen algunas normas de la Unión Europea, y las propias Leyes singulares que son cada vez más habituales en el Derecho estatal (véase el caso español). En el Derecho Europeo, sobre las Decisiones del artículo 288 TFUE se discute su naturaleza de disposición general o no, porque “*La Decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos*”. Como puede verse, esta es una cuestión abierta. No hay que perder de vista que, en un entorno de proliferación de normas supranacionales que ocupan el espacio de la regulación del régimen jurídico de múltiples instituciones, sobre todo de perfil técnico, las normas singulares (mejor aún, las Leyes singulares) pueden ser el vehículo ideal del Estado democrático para ejercitar su soberanía frente a esas normas supranacionales, excepcionando casos concretos de aquellas.

La segunda gran polémica, muy atizada por el positivismo, y singularmente por AUSTIN y KELSEN, versa sobre el supuesto requisito de la coactividad. Como consecuencia de la separación entre Moral y Derecho surge la necesidad de imponer la imperatividad del derecho sin recurrir a planteamientos éticos. TOMASIO y KANT resolvieron este problema dando relevancia a la coacción como elemento del derecho, hasta el punto de considerarlo esencial; tesis esta que tiene su máximo exponente en la teoría de la norma jurídica de KELSEN. La crítica desde el derecho natural será que éste no necesita de la coacción, que es un problema sólo del derecho positivo, aunque lógicamente, si el Derecho se limita a un concepto positivo la coacción sigue siendo elemento esencial, naturalmente.

Según la dogmática iusnaturalista, además, el Derecho debe tener una característica interna: la justicia. La norma debería ser internamente *racional y moralmente* admisible, conforme con la idea de justicia o al menos tendente a alcanzarla. Para CASTÁN este es el elemento que da sustancia al

---

<sup>66</sup> CASTÁN argumenta que las leyes tienen vocación de generalidad y que los privilegios y exenciones son, en esta época jurídica, inhabituales CASTÁN (1986: 80).

Derecho. Esta posición de origen tomista mantenida por los más importantes civilistas españoles de la segunda mitad del siglo XX es encomiable, aunque tiene la desventaja de no explicarnos con claridad cuáles son los patrones de la justicia, o mejor aún, qué normas en concreto son injustas. Dicho de otra forma, si no se especifica el patrón de control de la justicia de las normas jurídicas, la afirmación del requisito de la justicia de las normas se convierte en realidad en una justificación genérica de las normas vigentes del sistema como éticamente justas. A esto es a lo que conduce justamente la aplicación de este presupuesto en el Derecho del Estado. Por el contrario, para nosotros la justicia y la ética que efectivamente subyace a las normas jurídicas hay que encontrarlas en los principios del ordenamiento constitucional, y de ahí que sometamos a un control de constitucionalidad efectivo a las normas supranacionales, como veremos más adelante. Lo importante es retener que debemos encontrar el dónde de ese componente de justicia (el ordenamiento constitucional) y el cómo hacerla efectiva (el control difuso por el Juez ordinario).

Cabe preguntarse a dónde nos lleva toda esta discusión. En primer lugar, hay un punto insoslayable: tras el triunfo del positivismo vigorosamente afirmado hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, hay un renacimiento de ciertas formas de iusnaturalismo, o al menos del reconocimiento de ciertos valores subyacentes que deben estar presentes en la elaboración y aplicación de las normas jurídicas. Autores como VERDROSS o RADBRUCH representan en su propia obra esta evolución. En el Derecho español, es más, el iusnaturalismo ha sido siempre la norma, bien enraizada en la tradición jurídica de la Escuela de Salamanca de VITORIA y SUÁREZ, y luego reproducida en el siglo XX por los citados CLEMENTE DE DIEGO, CASTÁN y DE CASTRO. Mención especial merece el papel de los derechos fundamentales, que se han erigido en nuevos estandartes del *ius gentium*. Su relación con éste desde su nacimiento y la conexión de ambas con la misma Escuela salmantina son obvias y no requieren más explicación, pero sí es necesario aclarar cuál es su papel en la posición de las normas supranacionales en el sistema de fuentes. Como ya hemos dicho, toda búsqueda de la justicia en las normas supranacionales pasa, en nuestra opinión, por un control de constitucionalidad. Todas las respuestas se irán desvelando en adelante.

### 3. Hacia una teoría filológica del Derecho.

Como ya ha podido observarse, la construcción de una teoría de las normas supranacionales no sólo no es ajena al concepto de Derecho objetivo, sino que requiere de una construcción previa de éste. A medida que avancemos iremos centrándonos en la problemática de las normas supranacionales, y se entenderá la preocupación que mostramos por fundamentar bien su posición en el ordenamiento.

Por otro lado, la redefinición de conceptos es tanto más necesaria en tiempos de cambio, aún más cuando el tema que tratamos es precisamente uno de esos fenómenos de cambio en el concepto de Derecho.

La teorías tradicionales sobre el concepto de Derecho se han centrado en la relación entre Derecho y Sociedad. Sin embargo, el gran viraje filosófico del siglo XX, el giro lingüístico, aportó una visión nueva a la teoría del Derecho como un producto de la propia expresión lingüística compartida por los miembros de la sociedad. Entre nosotros, uno de los autores más sobresalientes en esta línea de trabajo ha sido ROBLES MORCHÓN, que ha argumentado magníficamente en favor de una teoría *comunicacional* del Derecho<sup>67</sup>.

El argumento del autor sería el siguiente: efectivamente, la Sociedad no aparece nunca sin Derecho, y las relaciones entre ambos han sido estudiadas desde el mismo pensamiento filosófico griego y la jurisprudencia romana, de ahí el aforismo del Digesto, *ubi societas, ibi ius*.<sup>68</sup> Sin embargo, tampoco existe Sociedad sin lenguaje. La unidad es triple: Sociedad, Derecho y lenguaje. La novedad consistiría en situar el lenguaje como idea central en el estudio del Derecho, pero como punto de partida, no como esencia del Derecho. Que el Derecho es lenguaje sería una posición inicial analítica y no esencialista del Derecho. La Teoría del Derecho sería un análisis del lenguaje, y en particular, del lenguaje de los juristas.

Esta sugestiva teoría sobre el concepto de Derecho pone por fin el foco en el lenguaje, y en esto creemos que acierta de pleno, además de acercar la teoría jurídica a un campo filosófico rico que tradicionalmente no había pisado. En lo que respecta al presente trabajo, ilumina el camino que pretendemos seguir. Cuando hablamos de una teoría “filológica” del Derecho, hablamos por tanto de un análisis del Derecho que toma la expresión lingüística como punto de partida para la formación del concepto, y no tanto de un concepto cuya esencia sería exclusivamente el lenguaje, afirmación a la que no pretendemos llegar. Dicho de otro modo, el Derecho, sea lo que sea, se expresa mediante el lenguaje, y será el lenguaje el objeto empírico que examinaremos para intentar entender el contenido del concepto.

Así, parece que lingüísticamente, el Derecho es un texto regulativo o prescriptivo orientado a la práctica o acción, lo que también lo convierte en un texto organizativo, que genera instituciones, y

---

<sup>67</sup> En general, vid ROBLES MORCHÓN (2006:65 y ss) y ROBLES MORCHÓN (2007).

<sup>68</sup> Obsérvese, no obstante, que antes hemos dicho que el Derecho objetivo es una realidad contingente. Ciertamente, eso sucede con el Derecho positivo. Pero no con los principios que lo fundamentan: éstos son inmanentes y anteriores al Derecho positivo mismo.

un texto decisonal, en el que el legislador opta por determinados valores frente a otros<sup>69</sup>. El estudio del Derecho parte del lenguaje, pero no se limita al lenguaje, pues a éste subyace la cultura que mediante él se expresa.

El razonamiento sobre la relación entre Derecho y lenguaje, es paralelo al trazado en la teoría heideggeriana<sup>70</sup>. El Derecho se expresa mediante un lenguaje que racionaliza las prescripciones regulativas, institucionales y decisonales. Por regulativas entendemos aquellas prescripciones que imponen reglas de conducta en los sujetos a los que se destinan. Por institucionales entendemos no sólo aquellas prescripciones que constituyen determinados órganos o instituciones públicas, sino cualquier prescripción regulativa que en último término aspira a mantener una determinada forma de orden social. Y por decisonales entendemos aquella característica de las prescripciones jurídicas por la cual éstas expresan una determinada opción de política jurídica. Con estos tres caracteres expresados en el lenguaje prescriptivo podemos afirmar que tenemos normas jurídicas.

Por otra parte, la racionalidad es el elemento que distingue al ser humano de los animales, y se expresa mediante el lenguaje, incluido el jurídico. Con este concepto “lingüístico” de la racionalidad salvamos la presunción de racionalidad de las normas jurídicas de origen tomista que presupone que existe un cierto contenido que debe ser rechazado por irracional, pero que raramente identifica sólidamente estos contenidos. El Derecho es un producto lingüístico y de ahí deriva su racionalidad, cosa distinta es que esta responda a un sistema de principios más o menos respetable en virtud del orden constitucional. El Derecho está, de esta forma, íntimamente vinculado a la sociedad y al lenguaje como expresiones de una forma racional de vida que es propiamente humana.

Ahora bien, la racionalidad del lenguaje jurídico no es suficiente para distinguir la Ley o la norma supranacional de la orden del rufián, pues por muy injusta o perniciosa que ésta sea, puede venir fundada perfectamente en un afán racional, en un balance de intereses bien trabado. En la esencia del lenguaje jurídico está también la decisión sobre principios éticos de la que hablábamos más arriba. Con base en una concepción jurídica positivista o realista, no tenemos forma distinguir el Derecho del sistema de poder del rufián. Y la teoría comunicacional, por sí sola, tampoco nos ayudará. No se puede afirmar a priori que el lenguaje del rufián sea o no jurídico. Sí que se puede decir, sin embargo y al analizar un determinado lenguaje, primero, si este se pretende jurídico o no, y segundo, si subyace en él un determinado sistema de principios. Así, asumiendo que estos

---

<sup>69</sup> ROBLES MORCHÓN (2006:78).

<sup>70</sup> HEIDEGGER (2003:167). Ya sabíamos, por mor de la doctrina heideggeriana del lenguaje, que el ser, en la medida en que existe en el mundo (el ser-ahí o *Dasein*) se expresa mediante el lenguaje. El hombre es el animal racional, el animal que se expresa mediante el lenguaje (ζῷον λόγον ἔχον) y mediante el lenguaje descubre el ser

principios son esenciales, el lenguaje del rufián no es jurídico porque adolece la falta de un sistema de principios que le dé coherencia y legitimidad. El rufián puede dar órdenes que representen sus propios valores, es cierto, pero no conforma un sistema de normas sustentado en valores y principios coherentes y comunes a sus destinatarios, y que por lo tanto lo legitiman.

Ahora bien, se entenderá a la luz del fenómeno del pluralismo jurídico global que esta propuesta está, todavía, excesivamente apegada al *iusnaturalismo* tradicional. En tanto que el lenguaje del rufián sea prescriptivo, regulativo y decisonal, puede ser considerado potencialmente jurídico. Esta conclusión sorprendente se entenderá mejor cuando situemos en el lugar del rufián a auténticos poderes regulatorios supranacionales cuya potestad normativas no tiene, por supuesto, ningún fundamento jurídico-público, sino que se expresa meramente de hecho, eso sí, mediante un lenguaje jurídicamente elaborado. En lo que fallarían las prescripciones jurídicas de estas entidades (o del rufián) no es en su estructura interna y su carácter jurídico, sino en su eficacia plena reconocida por un ordenamiento jurídico-público. Todo sistema jurídico-público está presidido por un sistema de principios, que en los Estados de Derecho moderno se expresa decididamente en el ordenamiento constitucional. El sistema de principios, por lo tanto, será fundamental para calificar el fenómeno de las prescripciones jurídicas de la entidad supranacional (o las del rufián), pero no como Derecho objetivo o no, cualidad que éstas ya ostentan de por sí, sino como admisible dentro del sistema jurídico y por lo tanto como eficaz para obligar a los sujetos sometidos a él. Si la norma supranacional (o la del rufián) encuentra sujetos que quieran reconocerla y es admisible dentro del ordenamiento constitucional en atención a sus principios, entonces podrá ser declarada plenamente eficaz.

Una de las características que demostraremos en las siguientes páginas es que en las normas supranacionales también se observa un conjunto de principios que dichas normas intentan proteger y que pueden entrar en conflicto con los principios constitucionales, que por lo general responden a un interés económico, pero no siempre. De esta forma, veremos como la metodología de estudio de estas normas debe ser precisamente la que mejor se ajuste a los fines que persiguen, que a su vez son producto de los valores que pretenden salvaguardar; y la resolución de los conflictos con las normas internas pasará siempre por una ponderación entre los principios que las normas representan y los del propio sistema. De ahí la importancia que cobrará el análisis económico del Derecho.

Pero no adelantemos acontecimientos. Sabemos que el lenguaje es consustancial a toda sociedad, y que hace al hombre racional y le permite elegir entre principios. Pero no es tan claro que el Derecho sea el lenguaje de los juristas. Hay varios inconvenientes que nos obligan a poner en cuestión esta afirmación. El primero de todos, es que el lenguaje es un fenómeno social. Social significa, del

conjunto de la sociedad. Los juristas son una parte de la sociedad, no una sociedad en sí mismos, y su lenguaje es una parte del lenguaje general, no un lenguaje en sí mismo. La antropología del siglo XX han demostrado que los conceptos fundamentales de la lengua determinan nuestra forma de concebir el mundo al que los aplicamos, incluso en las ciencias como la física.

Es decir, que los conceptos aparecen en el lenguaje general, y luego se aplican a las distintas ciencias. De nada sirve objetar que las ciencias tienen su propio lenguaje. Lo que tienen las ciencias es su propio vocabulario especializado. En cualquier lengua, las ciencias se sirven del lenguaje común, de la gramática común y sobre todo de la sintaxis común<sup>71</sup>. No tiene nada de novedad que una ciencia cree conceptos acudiendo a cultismos latino o griegos, por ejemplo, pues ese es un mecanismo común de la ampliación de nuestro vocabulario. Los razonamientos que elabora son los que vienen intrincados en el lenguaje general, y sus construcciones gramaticales son las mismas que las del lenguaje general. Otro hablante de la misma lengua puede que no entienda a un especialista en tal o cual ciencia, pero eso se debe a que el científico es especialista en usar un vocabulario que no es de uso común.

Ahora bien, aunque no sea de uso común, es vocabulario que pertenece al lenguaje general. Los especialistas no son los dueños de determinado vocabulario, sino sólo sus estudiosos, los profesionales que lo utilizan como instrumento para analizar la realidad. Pero de hecho, el vocabulario científico pertenece al lenguaje general, incluso aunque literalmente lo inventen especialistas, que hacen así una aportación al conjunto de la sociedad -pero no sólo al restringido grupo de científicos al que pertenecen-. Y si la sociedad necesita los términos técnicos, nadie dude de que los usará, precisamente porque éstos pertenecen al lenguaje general.

Así “hepatitis”, “termosolar” o “superávit” son términos innegablemente técnicos, pero indudablemente pertenecientes al lenguaje general. Ningún no experto puede dar cuenta exacta sobre lo que son, pero pertenecen al lenguaje general porque todos los hispanohablantes pueden necesitarlos, y en consecuencia quedan a su disposición, no sólo de los especialistas en cada materia. La labor del especialista es determinar con exactitud su significado y contenido. Por otra parte, gramaticalmente son palabras formadas con las mismas reglas que el resto de las palabras castellanas (un helenismo, un compuesto mixto entre un prefijo griego y un término en español y un latinismo). Nada que pueda sorprender a un hispanohablante, que emplea constantemente términos de la misma naturaleza. Cuanto menos cuando las mismas ciencias, junto a este vocabulario creado

---

<sup>71</sup> A esta tensión entre el lenguaje vulgar o intermedio y el lenguaje elevado (técnico o poético, según los casos) le dedicó grandes reflexiones HEIDEGGER, a cuya revalorización del lenguaje vulgar nos adherimos aquí. Sobre esto vid. GOMÁ (2015:67).

emplean también el vocabulario general (cuerpo, sangre, luz, crecimiento) vocabulario susceptible de diversísimos matices según los contextos, pero en todo caso procedente de un lenguaje común, incluso de sus elementos más básicos. Menos aún cabe hablar de ninguna especificidad sintáctica, por ejemplo.

Trasladado este razonamiento al campo jurídico, resulta que el problema es el mismo. No existe ese “lenguaje de juristas” del que se habla, sino el uso del lenguaje general por los juristas con métodos de análisis propios de su especialidad. En primer lugar, todos los juristas pertenecen a la sociedad, no conforman una sociedad propia y dominan, antes que el vocabulario jurídico, un lenguaje común. Ni siquiera quien vive en una familia de juristas ha aprendido un lenguaje propiamente jurídico. Lo que ha aprendido es un lenguaje general, y lo ha aplicado al análisis del Derecho. Los mismos conceptos de Derecho, Ley, orden público y tantos otros tienen igualmente una importante posición en el lenguaje general. Los juristas son los especialistas en estudiar estos términos, no sus propietarios.

No me habría detenido en este punto si no fuera verdaderamente esencial, y desde luego lo es. Vamos a verlo. Si los juristas constituyeran una sociedad autónoma o incluso, dentro de la sociedad en general, un subsistema social autónomo (por expresarlo en un vocabulario que alude a LUHMANN y su teoría social de sistemas) tendrían entonces un lenguaje autónomo, distinto del lenguaje general. Por lo tanto la idiosincrasia que este lenguaje expresaría sería distinta a la del lenguaje general, y el ser del Derecho expresado en el lenguaje tendría naturaleza propia independiente de la sociedad en la que existe. El ser del Derecho de ese lenguaje sería exclusivamente el que le imprimiera la sociedad autónoma de juristas. El lenguaje de los juristas tendría que ser entonces realmente distinto del general (con su propia gramática y sintaxis) y expresaría una existencia propia y distinta de la de la sociedad en general. Esta visión tiene un cierto aroma a ética heroica, en la que los miembros de esa sociedad de juristas (o subsistema social autónomo) tendrían su propio sistema de normas, incluso su propia conciencia, capaces de elaborar un concepto de Derecho propio e independiente de la naturaleza viciosa de la sociedad en que se integra.

Evidentemente, es todo lo contrario. Como ya hemos dicho, sociedad, Derecho y lenguaje están profundamente intrincados. Es precisamente el lenguaje general el que determina el lenguaje jurídico, y con ello el concepto de Derecho en cada sociedad. Veámoslo con un ejemplo muy simple, pero que puede ilustrar bien la estrechísima relación entre estos tres conceptos, que nos impide estudiarlos por separado, y ni siquiera por parejas, pues todo estudio riguroso deberá alcanzar a los tres.

El ejemplo es el siguiente. Los españoles, los italianos, los alemanes y los ingleses somos distintos entre nosotros. Esas diferencias tienen, en todos los casos, una expresión lingüística. El español, el italiano, el alemán y el inglés (tal y como se hablan en cada uno de los países citados) reflejan esas diferencias a menudo. De esto cabe poca duda. La filosofía y la antropología modernas se han esforzado hasta la saciedad de convencernos de estas diferencias, hasta el punto de sostenerse a veces que unos y otros no podemos entendernos, porque nuestros respectivos lenguajes crean realidades completamente diferentes.

Ahora mirémoslo por el lado jurídico. El Derecho español, el italiano, el alemán y el inglés son distintos. El lenguaje jurídico español, italiano, alemán e inglés son distintos. Pero, ¿eso es porque las sociedades de juristas de España, Italia, Alemania e Inglaterra son distintas? De hecho, probablemente los juristas españoles, italianos, alemanes e ingleses están más próximos entre sí en sus planteamientos que sus propias sociedades en general. Lo que nos parece más razonable es que el lenguaje jurídico en cada lengua viene determinado por su respectivo lenguaje general, y éste imprime en cada Derecho la idiosincrasia de la sociedad en que se desarrolla. Sería ocioso negar que el Derecho español refleja ideas y valores de la sociedad española, el italiano de la italiana, el alemán de la alemana y el inglés de la inglesa. El Derecho se desarrolla dentro de una determinada sociedad, empleando su lenguaje general, y por lo tanto asumiendo su idiosincrasia. Otra cosa es que luego la acción de los especialistas pueda afinar esos valores al desarrollar los conceptos que manejan, pero en ningún caso lograrán ocultar los valores de la sociedad a la que se aplica el Derecho.

A la sociedad se le conoce a través del lenguaje, y por lo tanto el concepto de Derecho en una determinada sociedad debe descubrirse mediante una investigación “filológica” del significado del término: el investigador debe adentrarse en descubrir qué quiere decir la sociedad en la que hay Derecho cuando pronuncia esta palabra, y el mismo procedimiento debe seguirse con cualquier término jurídico. Por supuesto, el uso propio, y también habitual, de los términos jurídicos va a encontrarse siempre entre los juristas, pero eso no significa que los términos sean “de los juristas”, sino que son de toda la sociedad. Así por ejemplo, igual que el filólogo clásico estudia la Historia, el



Arte o la Filosofía de Grecia y Roma partiendo del estudio de su lengua y de sus textos, el jurista entenderá un Derecho y la sociedad que subyace estudiando su lenguaje jurídico y sus textos<sup>72</sup>.

En resumen, el lenguaje debe ser, según proponemos, el punto de partida del análisis de los conceptos jurídicos, porque esa tradición histórico-jurídica cristaliza en el lenguaje. Pero tampoco hay que exagerar estas influencias. Esto no significa adhesión a ninguna escuela en particular, ni necesariamente debe llevar a rechazar otros métodos como el análisis histórico, ni mucho menos. Que el Derecho es un producto histórico de la sociedad, es un dato indudable. La misma quiebra de la codificación lo ha demostrado: el avance histórico de la sociedad ha dejado anticuadas normas congeladas en códigos, y en gran medida los propios códigos se adaptan y sobreviven gracias a un método interpretativo que es precisamente el elaborado por SAVIGNY (así lo hace, como es bien sabido, nuestro artículo 3.1 CC) y que lleva la indudable impronta de la Escuela Histórica. Ahora bien, la irrupción de las normas supranacionales viene a convertir esta metodología en insuficiente para abordar los problemas que nos propone el Derecho global. Habrá pues que analizar las normas supranacionales como expresión lingüística, como prescripciones jurídicas, y después indagar en su fundamento histórico, social o económico, para desarrollar mecanismos efectivos de control. Pero antes queremos dirigirnos al segundo punto de disrupción del pluralismo jurídico global: el poder del Estado.

---

<sup>72</sup> El “nombre” parece siempre tener algo de mágico, una magia que permite conocer la verdadera naturaleza del concepto, y que lo hace vulnerable, como ocurre célebremente con el nombre secreto de Roma. Como es bien sabido, Roma tenía un nombre secreto, así como una Diosa secreta, que posiblemente sólo eran conocidos por el Sumo Pontífice. El descubrimiento de este nombre, así como su difusión, estaban castigados con la muerte más severa: tal fue el destino de QUINTO VALERIO SORANO, morir crucificado por publicarlo en una obra inmediatamente censurada y hoy perdida. La fuerza del secreto del nombre tiene reproducción evidente en el Antiguo Testamento, donde Dios, preguntado por MOISÉS por su nombre, responde YH-WH, *Yo soy el que Soy* (Éx. 3:14). Los romanos, pueblo pío como ninguno, al menos en sus inicios, creían que el conocimiento del nombre mismo de su deidad y por extensión, de la ciudad, la ponía en peligro. Ellos mismos, cuando asediaban una ciudad, celebraban la ceremonia religiosa de la *Evocatio*, en la que se invocaba al dios protector de la urbe, y se le prometía asumir su culto dentro del romano si permitía la conquista. Sistemáticamente, el ritual funcionaba. La misma lógica operaba al contrario: quien conociera el nombre secreto de Roma (y por ende el nombre de su diosa protectora, que como es habitual coincidían) tendría en sus manos la ciudad: de ahí su afán por protegerlo. Y en el final del Bajo Imperio en el año 476 d.C., ODOACRO asume el poder frente a RÓMULO AUGÚSTULO en una Roma descreída y apenas sombra de lo que fue, también en su piedad religiosa: pudo haber conservado su religiosidad en el cristianismo, pero el arrianismo y la languidez de la fe en el Imperio evidenciaban una Roma que hacía siglos que perdió el sentido de la religión. Nada que, por otra parte, no hubiera predicho SAN AGUSTÍN. Tómese este *excursus* como una reflexión sobre la importancia del lenguaje, que alcanza cotas incluso ritualísticas. Las palabras no son sólo palabras, sino que encierran profundos significados. La distinción entre significante y significado, aunque muy útil para la semiótica, tiene tintes positivistas y sugiere la menor importancia del primero respecto del segundo. Nuestra propuesta es que no se tome el lenguaje jurídico a la ligera, porque es revelador en sí mismo de los conceptos que guarda. Se verá a lo largo del presente trabajo como tratamos de desentrañar un concepto de normas supranacionales a partir del lenguaje jurídico que ellas mismas utilizan, y de aquellos conceptos ya existentes en los que se pueden categorizar.

#### 4. El Estado y su concepto: personalidad jurídica y soberanía.

La definición del Estado como concepto jurídico debe ser el punto de partida de cualquier estudio de Derecho público. El nacimiento del Estado moderno es el hito fundacional de los grandes mitos de la dogmática *iuspublicista*: de la separación entre Estado y Sociedad, y por ende de la superación del dominio del *ius commune* y del *Rex Regnum*, del nacimiento del ordenamiento jurídico como sistema y sobre todo, de la separación entre Derecho público y Derecho privado. Pero al mismo tiempo, el nacimiento del Estado y el mundo a que da lugar, especialmente en su periodo más álgido, que puede situarse en los siglos XVIII y XIX, debe ser la referencia para el contraste con el *estado de cosas* vigente hoy, en la segunda década del siglo XXI, si es que puede calificarse de vigente a un mundo, nótese el oxímoron, permanentemente cambiante. El cambio es, ya desde el final de la Primera Guerra Mundial (1914-1919), pero especialmente desde el final de la Segunda (1939-1945) un proceso lento en el que esos mitos, dicho con propiedad, esos dogmas del Derecho público, pierden nitidez, se entremezclan, mutan y, en el peor de los casos, llegan a desaparecer. Este proceso, evidentemente, es jurídico; pero naturalmente también, es consecuencia de la mutación previa de la realidad externa al Derecho, lo que conocemos como la realidad extrajurídica.

El debate sobre el normativismo que ha caracterizado la dogmática histórico-jurídica no aporta una solución definitiva. Si son los hechos los que dan forma al Derecho o las normas las que configuran la realidad extrajurídica no conoce, hasta donde a mi me alcanza, una respuesta definitiva. Sí que creo necesario aclarar, porque puede ser relevante para la comprensión de este trabajo, que considero un error equiparar esta dicotomía a la oposición materialismo-idealismo que vertebró toda la filosofía desde HERÁCLITO y PARMÉNIDES. El problema se ha planteado principalmente en la filosofía de la Historia y en la filosofía del Derecho, especialmente en lo que respecta al Derecho público, que es al fin y al cabo la sede dogmática de las instituciones políticas que protagonizan la Historia. Así, parece claro que para las corrientes materialistas muy diferentes entre sí, pero por lo general seguidoras de HERÁCLITO (MARX y ENGELS; NIETZSCHE; SPENGLER), el Derecho sería el producto de una evolución fáctica, a menudo concebida como diferentes formas de “lucha”, en las que siempre hay un vencedor que impone su paradigma de sistema jurídico. La afirmación nietzscheana según la cual *lo que tiene historia, no tiene definición* es en definitiva una negación de la esencia, una declaración relativista que interpreta la realidad como permanentemente cambiante, y carente de cualquier unidad abstracta trascendente al paso del tiempo y a la mera existencia de la cosa: la definición sería propia de los conceptos abstractos y ahistóricos, pero por eso mismo inexistentes.

En las antípodas de las tesis materialistas se sitúan las concepciones idealistas, que son seguidoras de PARMÉNIDES en el sentido de afirmar la existencia de una esencia permanente y subyacente a la materia, tampoco parece en absoluto que construyan un concepto de realidad producto de las normas jurídicas. Por ejemplo, PALTÓN, en *La República*, aspira a implantar en la política ática un sistema concebido idealmente, un *Estado ideal*, que de hacerse realidad, se impondría a través de normas. Pero no hay que olvidar que las propuestas políticas de PLATÓN, aunque hoy nos parezcan irrealizables o disparatadas, en la Grecia del siglo V antes de Cristo no lo eran: es evidente que el modelo del fundador de la Academia fue Esparta, donde muchas de sus propuestas ya eran una realidad. Curiosamente, en Grecia pareció existir una especial tendencia a cierta mitología normativista: la tradición cuenta que tanto las Leyes monárquicas espartanas como las democráticas de Atenas serían una obra personal, las primeras de LICURGO y las segundas de SOLÓN DE ATENAS. Sus leyes habrían configurado la realidad de sus ciudades. Pero, al menos sobre el primer personaje, hoy hay que albergar dudas incluso de su misma existencia. Probablemente las Leyes de Esparta fueron un producto histórico y no una obra normativista, y el modelo de PLATÓN, sin dejar de ser un ideal, tenía un claro referente, el de Esparta, cuya historia seguramente podría interpretarse mediante la metodología de la dogmática histórico-jurídica actual. Por lo tanto, una concepción idealista de la Política y el Derecho no implica, a priori, una concepción normativista.

Más claro aún, para HEGEL la Historia sigue un movimiento dialéctico guiado por el espíritu racional autoconsciente, en una progresión hacia su máxima realización racional, en cuya cúspide estaría el Estado. Éste sería el ideal ético, porque en él coincidirían la voluntad subjetiva (la de los miembros de la comunidad) con la voluntad objetiva (la voluntad racional del espíritu). La realidad jurídica que es el Estado, por lo tanto, es un producto histórico, de los hechos, naturalmente configurados ellos mismos por el espíritu ético, es decir, por un concepto idealista subyacente. Pero la eticidad del Estado no proviene de la imposición de normas jurídicas con un contenido ético, sino del camino ético que la Historia como conjunto de hechos está condenada a seguir. Esta tesis recuerda en cierta medida la construcción histórica del Cristianismo del Bajo Imperio romano. PRUDENCIO, entrando en el debate sobre la justificación filosófica del imperialismo romano, construye la idea de Roma como espacio elegido por Dios para la venida de su Hijo, no como un logro en sí mismo, sino como un medio para la difusión de la Palabra por tierras dispares, ya unificadas políticamente por el Imperio. Roma alcanza así su sentido último gracias a la llegada de Jesús, es redimida por su utilidad para la difusión del mensaje de Cristo, de manera que toda la Historia de Roma se justifica porque no fue una rémora para el Cristianismo,

sino al contrario, un camino constante hacia la Verdad, finalmente alcanzada<sup>73</sup>. En términos hegelianos (cuyo sustrato cultural, no lo olvidemos, es también cristiano, aunque protestante) podríamos decir también que la llegada de la Idea justifica todo el proceso dialéctico por el que se alcanza.

La concepción normativista es más bien un producto del positivismo jurídico, es cierto que influido en gran medida por el idealismo alemán, pero eso no significa que se le puedan atribuir a éste último las ideas de su seguidor. El normativismo hay que encontrarlo sobre todo en la dogmática jurídica positivista alemana, siendo claros ejemplos LABAND en el Derecho público del siglo XIX, KELSEN en la Teoría del Derecho del siglo XX o, más modernamente, la Teoría de Sistemas de LUHMANN (defendida (particularmente en el ámbito del Derecho penal)<sup>74</sup>. Todo este debate, absolutamente axiomático para cualquier concepción del Derecho, puede resumirse en la expresión de ENGISCH, “ir y venir de la mirada” del Derecho<sup>75</sup>. Por mi parte, creo que ningún modelo encaja a la perfección con el desarrollo de la Historia y del Derecho. Pero desde luego, el que más se acerca de largo es el esencialismo que desciende de PARMÉNIDES, especialmente en su interpretación tomista, y también el método de interpretación histórico hegeliano, prescindiendo de su finalismo pangermánico. Esencialista, porque no cabe a mi comprensión un Derecho que no se funde en las ideas del Bien y la Justicia, ya enunciadas por ULPiano, y que no tenga como método la Razón. No es posible concebir el Derecho sólo como un producto de una lucha de cualquier tipo, como un mero producto de los hechos sin vinculación racional. Que haya normas irrazonables no empece este argumento en absoluto: las normas irrazonables no son normas justas y racionales en sí mismas, sino una fase en el proceso de formación de la norma justa. La formación de un concepto de normas justa y racional no es el objeto de este trabajo propiamente dicho, pero sí lo vertebrará, porque la integración de las normas supranacionales de Derecho público en el sistema tratará

---

<sup>73</sup> Sobre esto vid. TRUYOL Y SERRA (1987:260).

<sup>74</sup> Sobre toda esta discusión, no puedo más que citar clásicos. Sobre HERÁCLITO y PARMÉNIDES, su oposición y su reunión en PLATÓN, no puedo más que referirme a las propias fuentes primarias: V.V.A.A. (2006): *Los Filósofos Presocráticos*, Madrid: Gredos (dos volúmenes) y como exégesis vid. KIRK, G.S., RAVEN, J.E. Y SCHOFIELD, M. (2008): *Los Filósofos Presocráticos: Historia Crítica con selección de Textos*, Madrid: Gredos. Sobre PLATÓN sobre casi cualquier cita, aunque no puedo evitar incluir PLATÓN (1998): *La República*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. De HEGEL he consultado HEGEL, G.W.F. (2004): *Lecciones sobre la Filosofía de la historia Universal*, Madrid: Alianza. y HEGEL, G.W.F. (1988): *Principios de la Filosofía del Derecho*, Barcelona: EDHASA. Sobre los seguidores de HERÁCLITO utilizo como referencias: MARX. K. (2005): *La ideología alemana crítica de la novísima filosofía alemana en las personas de sus representantes Feuerbach, B. Bauer y Stirner, y del socialismo alemán en las de sus diferentes profetas*, Buenos Aires: 2005, y ENGELS, F. (1998): *El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Barcelona: DeBarris., en cuanto a MARX y ENGELS; sobre NIETZSCHE, evidentemente la referencia es su obra en general, pero es muy útil el estudio de PUCHE DÍAZ, P. (2010): *La Ontología de la Historia de Nietzsche*, Madrid: UCM; y respecto a SPENGLER la referencia es evidentemente SPENGLER, O (1966): *La Decadencia de Occidente*, Madrid: Espasa-Calpe. Sobre la más moderna teoría de sistemas la referencia es LUHMANN, N. (1996): *Introducción a la teoría de sistemas*, México: Universidad Iberoamericana. Por último, en cuanto a LABAND y KELSEN me remito a la bibliografía general.

<sup>75</sup> “*Hin- und Herwandern des Blicks*”, raducido así por RODRÍGUEZ MOLINERO en la edición castellana de LARENZ (2010:7).

precisamente de eso: de un procedimiento de legitimación de la norma, es decir, de su examen y corrección para asegurar su adscripción a los valores del Sistema, que en un Estado de Derecho deben ser el Bien, la Justicia y la Razón.

Por eso, y más allá de esta discusión, la realidad de hoy, que es el producto, insisto en que nunca estático ni definitivo, de ese permanente cambio del que ahora se cumple un siglo, es el auténtico motor de la mutabilidad de los dogmas del Derecho público. Haciendo buena la feliz expresión de JELLINEK “*la fuerza normativa de lo fáctico*”, hay que declarar hoy fenecida toda concepción radicalmente positivista que afirme que los problemas del sistema jurídico (y aún más, del sistema jurídico-público) pueden resolverse dentro del sistema normativo fundado en la Constitución. Semejante concepción fue clave en aquel Derecho público de los grandes dogmas, y sirvió a LABAND para fundar la propia disciplina, partiendo por primera vez de la normatividad de la Constitución para la construcción del conjunto del Sistema<sup>76</sup>. Esta construcción es clave en nuestro Derecho público, y sigue siéndolo, pero sencillamente no es suficiente. Que el positivismo clásico estaba exhausto pudo verse cuando KELSEN, tras construir su perfecta “Teoría Pura del Derecho”, fue incapaz de encontrar un fundamento para su *Grundnorm*, al menos no dentro del Sistema. Otras soluciones serán más o menos criticables, pero desde el *iusnaturalismo* de SANTO TOMÁS o la Teoría de Norma de SUÁREZ, hasta el concepto de minimum ético de JELLINEK o el decisionismo de SCHMITT, cualquiera de ellos ha sido capaz de ver algo que es obvio, que no basta con el Sistema jurídico para explicar el Derecho. Por eso también hay que recordar que ese cambio en la realidad se produce bajo el influjo de principios y valores éticos y morales que subyacen a una sociedad más preocupada que nunca por la desprotección del individuo frente al Estado, pero también de los grupos y colectivos, y cuya conexión con el ordenamiento probablemente pueda encontrarse en el tan denostado *Derecho natural*. En cualquier caso el Derecho actual debe servirse de métodos de análisis que incorporen elementos externos a lo jurídico, de lo cual el mejor ejemplo es el análisis económico del Derecho, pero también los más clásicos análisis dogmáticos histórico-jurídico, política legislativa, sociológico y otros muchos. Es el cambio extrajurídico el que espolea el cambio en el Derecho, y ese cambio comienza por sus dogmas.

En realidad, el Derecho público actual, en la mayoría de los casos, no ha perdido estos dogmas, porque no se han perdido en la realidad extrajurídica: lo que se ha perdido es su nitidez, la claridad de su contenido. A lo largo de esta primera parte pretendo ir explicando cuál era la concepción tradicional de cada dogma, y en qué cambia en el Derecho actual, como antesala de la formación de nuevos conceptos, que pueden responder a menudo a significantes ya clásicos, pero

---

<sup>76</sup> Vid. por ejemplo, RODRÍGUEZ BEREJJO (2016).

con un contenido mucho más rico y menos monolítico del que tuvieron en su época clásica. Puede que instituciones como Estado, Sociedad, Democracia, Legitimidad o Ley y muchas otras ya no presuman de una forma apolínea como antaño, pero siguen siendo indispensables, y su existencia en la realidad extrajurídica lo demuestra. El mundo actual demanda que estos conceptos sigan existiendo, es más, necesitamos que gocen de buena salud, pero al tiempo que sean flexibles y adaptables a nuevos fenómenos. Estos nuevos fenómenos no hay que verlos como engendros incompatibles con el sistema y los valores ético-políticos que integra, o incluso como enemigos suyos, sino como nuevos contenidos a integrar. No es razonable mirar a nuestro mundo, que es complejo, y pretender que cualquier expresión de poder de un agente privado o no estatal es antidemocrático. Es necesario hacer un esfuerzo por integrar estas nuevas entidades, productos normativos y conceptos en nuestro sistema, precisamente para garantizar que estén bajo el paraguas de una legitimación democrática que es irrenunciable, y que sólo el Estado puede garantizar verdaderamente.

A este respecto, y sin querer aventurar un depurado análisis histórico-jurídico, creo que merece la pena observar lo siguiente. El cambio respecto del concepto clásico de Derecho público puede retrotraerse a 1914, es cierto. Pero ese cambio, y el que se produjo inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, no son iguales al actual. En aquél caso el cambio fue una internacionalización de los Estados, la formación de un nuevo sistema de relaciones que afectaba a éstos principalmente. Hubo otros muchos cambios, sí, mas los protagonistas de la internacionalización fueron los Estados, con su forma y sus potestades clásicas. Pero el proceso actual es diferente. Nuestra internacionalización es de los individuos. Esto es consecuencia de un segundo proceso, el de la internacionalización económica, que empleando el nombre que sea (mundialización, globalización, o cualquier otro) es siempre un proceso protagonizado por los individuos, o al menos en parte por ellos. De ahí el problema central del presente trabajo: la *fuerza normativa de lo fáctico* es, a efectos de la internacionalización económica, la fuerza normativa de las personas, y muy especialmente de las personas jurídicas, capaces de crear normas al margen de cualquier Poder Legislativo del Estado. Por lo tanto, el problema está claro: hay que dar una respuesta a este mundo extrajurídico en el que los individuos crean normas, y el Estado y su Poder Legislativo deben adaptarse, no para perder su esencia, sino para absorber este nuevo poder de hecho, y mediante el correspondiente control, sellar su legitimidad o denegársela. Esta adaptación hay que llevarla a cabo con todos los dogmas, y es imposible si no conocemos cuál es el contenido clásico del concepto, y el primero de todos el Estado. Comencemos, pues, por definir el Estado.

El Estado (o el Estado moderno, si se quiere) puede abordarse desde múltiples puntos de vista. Puede abordarse primero desde un punto de vista extrajurídico o jurídico. En el primer caso hablaríamos de la formación histórica del Estado (la España Imperial, Westfalia, el Congreso de Viena), de su fundamentación filosófica (MAQUIAVELO, BODINO y muchos otros) o de su análisis económico o sociológico (WEBER). En el segundo caso, nuestras referencias serán LABAND, JELLINEK, CARRÉ DE MALBERG, SCHMITT, entre otros muchos, para el análisis del Estado *ad intra*; pero también los internacionalistas: desde VITORIA y GROCIO hasta VERDROSS o VON LISZT, contribuyen a diferentes visiones de este complejísimo y fundamental concepto. Tampoco se puede obviar otra cosa: el Estado ha sido estudiado históricamente desde un análisis ideal (desde el mismo PLATÓN en la República, y desde luego también HEGEL) o puramente real o material (el propio WEBER es ejemplo de esto). Obviamente, el enfoque de este trabajo me obliga a centrarme en un análisis jurídico, pero sin perder de vista el origen extrajurídico de las ideas incorporadas al Derecho. No hay que perder de vista que el Derecho, en esta materia y en otras, puede ser a veces un compendio de instituciones de origen idealista y materialista, y la configuración del Estado imaginada por un legislador puede mezclarse siglos más tarde con normas de origen puramente pragmático o vinculado a las necesidades de su contexto concreto.

Antes de continuar, quisiera hacer una aclaración metodológica. Evidentemente, no puedo tratar en un trabajo de esta índole toda la historia de la teoría jurídico-política del Estado, ni tendría sentido alguno hacerlo. Cualquier análisis debe partir de una metodología sólida, y el análisis histórico-dogmático muy especialmente. Eso significa que sólo deben contemplarse los antecedentes en la medida y en el sentido en que son precedentes de la institución de estudio: no tiene sentido estudiar modelos remotos sin conexión histórica con el concepto. En la dogmática histórico-jurídica el concepto o institución actual debe ser producto claro del proceso histórico que han sufrido sus precedentes. Esto dicho, y tal vez como una peculiaridad mía, considero que para conocer un concepto es necesario conocer su esencia o su *idea*. Y para situar históricamente la idea, es necesario remitirse al momento de su formación. El momento en el que nace una idea es en mi opinión el más importante para entenderla, siendo sus vicisitudes intermedias hasta hoy de importancia menor. Por eso me centraré siempre en mi análisis en ese primer momento. En algunos casos, incluso me limitaré a él. Esto es muy obvio en el concepto de Estado: no creo que sea tan importante hacer un repaso completo a la historia del Estado (lo cuál es imposible), sino que es preferible estudiar el momento de su formación para entender el concepto y la idea de él asumida por la sociedad de los juristas. A partir de ese momento de formación, el resto de las vicisitudes del concepto o institución son menores, porque efectivamente la apariencia del concepto evoluciona y es cambiante, pero su esencia se mantiene.

a) *El Estado como concepto extrajurídico.*

Desde un punto de vista extrajurídico, no es mucho lo que puedo decir en una obra de esta magnitud. En todo caso, el Estado no deja de ser una estructura política juridificada, por lo que incluso en un análisis extrajurídico será necesario referirme a ciertos elementos normativos. De todas formas, voy a dar algunas pinceladas, pero no sobre todo el desarrollo del Estado, sino sobre los momentos clave su formación. Históricamente, el surgimiento del Estado moderno se vincula, necesariamente, a los procesos de consolidación del poder real que comienzan en el siglo XV y finalizan en el siglo XVIII, cuando se generan definitivamente las estructuras de poder de las que luego se servirá el Estado liberal. Pero el hito del surgimiento del Estado moderno hay que situarlo sin duda en la Unión de las Coronas de Castilla y Aragón, que trajo bajo el brazo el nacimiento de muchas de las instituciones que son hoy básicas, por no decir esenciales, para que exista un Estado: el ejército o el desarrollo de las relaciones exteriores, son ejemplos de altura de este fenómeno. La Administración se reformó profundamente, reorganizándose el gobierno entorno al Consejo Real en las Cortes de Toledo de 1480.<sup>77</sup> Bien es cierto que la España de los REYES CATÓLICOS conservó también muchos de los rasgos del *Regnum* medieval, singularmente su concepto de justicia real protectora del débil, y su noción aún patrimonial del Estado, de origen germánico, por lo que el desarrollo pleno estaba aún por llegar<sup>78</sup>. En este desarrollo, fue clave el influjo que el naciente Estado español, todavía eminentemente militar, recibió de la experiencia borgoñona a través de CARLOS I; el estado borgoñón era frágil e imperfecto, inacabado se ha dicho, pero gozaba de una Administración mucho más desarrollada y eficaz<sup>79</sup>.

Así como históricamente el nacimiento del Estado moderno se vincula al siglo XV, no es casual que surja en el mismo momento su propia filosofía política, declaradamente admiradora de quienes en aquel momento protagonizaban el proceso. MAQUIAVELO supo ver, más que las claves de la filosofía del Estado o del Príncipe, las necesidades que ambos tenían en su época. Fue el primero, sin duda, en emplear la palabra *Stato* en italiano en el sentido actual, si bien es cierto que alternándola con *Principato*. Pero pronto descubrimos que el *Principato* es una forma de Estado (no sólo de gobierno), mientras que *Stato* tiene un sentido más abstracto, capaz de abarcar a todos los territorios. Así comienza diciendo en *Il Principe*:

---

<sup>77</sup> PEREZ, J. (1999:62).

<sup>78</sup> ELLIOTT, J. H. (2006:77).

<sup>79</sup> CHAUNU, P. (2005:43).



“*Quod sint genera principatuum et quibus modis acquirantur.*”

[Di quante ragioni sieno e' Principati, e in che modo s'acquistino]

Tutti li stati, tutti e' dominii chi hanno avuto i hanno imperio supra li uomini, sonno stati e sonno o repubbliche o principati. E` principati sono o ereditarii, de quali el sangue del loro signore ne sia suto longo tempo principe, e' sono nuovi.”<sup>80 81</sup>.

Con esta cita de este texto, por supuesto sobradamente conocido, he pretendido subrayar que, como vengo sosteniendo, MAQUIAVELO no es simplemente un hábil consejero político, sino fundador de una Teoría del Estado. En *Il Principe* pueden encontrarse, entre reflexiones que interesan a la ciencia política, a la sociología o a la historia, muchos de los conceptos básicos del Derecho público moderno: esta teoría sobre la formación del Estado y su tipología es el ejemplo evidente. Por otro lado, es evidente que la teoría no sería posible fuera del contexto del nacimiento exterior del Estado moderno. El florentino no es un mero admirador o analista político de FERNANDO EL CATÓLICO o de CÉSAR BORGIA. Es un contemporáneo, en el sentido más profundo, un hombre que vive en el mismo mundo que aquellos y se enfrenta a los problemas de su tiempo con reflexiones útiles para quienes tienen poder de gobernarlo. Cabe destacar, curiosamente, que en *Il Principe* conocemos a un autor bastante diferente del de los *Discursos*; se han dado muchas explicaciones para esto, pero creo que la respuesta es que los *Discursos* recogen una Teoría Política más clásica, receptora de la tradición de ARISTÓTELES, POLIBIO o CICERÓN, pero también más teórica, aunque sea cierto que presenta un mejor modelo para la democracia moderna. No se trata, creo, de juzgar un MAQUIAVELO bueno en los *Discursos* y otro malo en *Il Principe*, sino de entender que ésta última es más que pragmática: es la única enfocada desde una reflexión actual sobre la nueva realidad del Estado Moderno. Posteriormente aparecerán obras con reflexiones básicas sobre el Estado, desde luego: BODINO será el inspirador del Estado absoluto, pero también HOBBS; LOCKE se convertirá en el fundador de la Teoría del Estado Liberal en Inglaterra, y MONTESQUIEU será su continuador en Europa Continental; ambos tendrán influencia en Estados Unidos. Así se podría seguir enumerando autores cuyas aportaciones han sido clave para nuestra moderna Teoría del Estado. Pero en la mayoría de estas obras la discusión se centra más en

---

<sup>80</sup> MAQUIAVELLI (1961: 3).

<sup>81</sup> *Stato* es un término que se aplicaba a las ciudades italianas, como su Florencia, y que surgió probablemente como equivalente de lo que conocemos hoy como forma de Estado, pues de las ciudades libres italianas no podía decirse que fuesen reinos ni simples feudos, sino auténticos “órdenes” con existencia independiente, es decir, con un *status*. JELLINEK (2005:200) explica esto en profundidad al tratar del origen del nombre del Estado, y cita el mismo pasaje, pero sin tener en cuenta que es necesario esclarecer la contraposición *Principato- Stato*. Después de MAQUIAVELO, el empleo del término Estado ganó terreno de forma paulatina pero no se generalizó inmediatamente, sino que se continuaron empleando más los términos medievales con los que se designa más bien la forma de Estado o de gobierno. Por ejemplo, en el caso de España, *Monarquía* fue durante dos siglos el término predilecto.

la forma de Estado o en la forma de gobierno, y su análisis no procede aquí. Es en *Il Principe* donde hay que buscar la formación de la Teoría del Estado moderno.

Una última pincelada sobre la formación extrajurídica del Estado debe aproximarse a su análisis desde un punto de vista económico y sociológico. WEBER fue el primero en adoptar este análisis. Me aproximaré de nuevo a su obra en dos aspectos cruciales: en el estudio de la legitimidad de la dominación (es decir, de las formas de gobierno, que como veremos es a su vez el fundamento de la legitimidad de la producción normativa) y en su teoría jurídica, especialmente en lo que se refiere a los derechos subjetivos. En lo que respecta a la formación del Estado moderno, la observación que nos interesa aquí es su definición como orden jurídico y administrativo, pero orientado a determinadas actividades (“acción social”), y con carácter monopólico en dos aspectos que desarrollaré más adelante: la extensión territorial de su poder y su legitimidad en el uso de la fuerza. Jurídicamente (y aquí avanzamos algunas ideas que serán constantes a partir de ahora) el Feudalismo y el Estado absoluto fueron un “entresijo de derechos [subjetivos] adquiridos”, frente al Estado moderno, que es una “ordenación jurídica objetiva”, es decir, un “sistema de reglas abstractas”<sup>82</sup>. El Estado moderno es “*instituto racional y empresa continuada*”<sup>83</sup>. Ésta última característica ya sugiere que el Estado moderno, en su actividad, está íntimamente conectado con sus actividades económicas. Por eso dirá que

*“Toda "política" racional se sirve de la orientación económica en los medios y toda política puede ponerse al servicio de finalidades económicas. También es claro que, teóricamente, no toda economía exige la garantía del poder de disposición por medio del derecho coactivo del estado -aunque sí la exige nuestra moderna economía en sus actuales condiciones”*<sup>84</sup>.

Esta es una observación importante para el objeto del presente trabajo. El Estado emplea la legitimidad de su fuerza para regular la economía, y semejante política es ineludible en nuestros días. Esto era cierto en el primer tercio del siglo XX y lo sigue siendo hoy, casi un siglo después, si no lo es más. Lo explicaré en un epígrafe posterior, al abordar los fundamentos de la intervención administrativa en la economía. Pero son dos las conclusiones importantes en lo que afecta a este trabajo. La primera es que la economía es externa al Estado, y afecta a su funcionamiento. El Estado se encuentra con el fenómeno económico, que es externo y por supuesto extrajurídico, y se ve en la obligación de emplear su instrumento de dominación legítima, el Derecho, para regularla. La segunda conclusión es que, siendo la economía un fenómeno externo al Estado y aún más al

---

<sup>82</sup> Vid. SCHMITT (2001:141).

<sup>83</sup> WEBER (2002:45).

<sup>84</sup> WEBER (2002:47).

Derecho, es natural que los agentes que integran el mercado (cada mercado en cada caso) generen sus propias normas para resolver sus propios problemas. Pero estas normas no son normas del Estado, por lo que no están amparadas por la legitimidad que se predica del sistema normativo del Estado. Será necesario incardinarlas en el sistema jurídico, previos los pasos de adaptación y depuración necesarios, para que, si son aceptables, puedan ser aplicadas allí donde el Estado emplea su dominio legítimo, es decir, en su territorio.

Más adelante veremos que esta integración de las normas generadas por los agentes económicos en el sistema genera un problema de adaptación en el que se resumen todos los problemas materiales que puedan dar (por ejemplo, su colisión con los derechos subjetivos, especialmente con los derechos fundamentales). Y es que las normas del mercado tienen siempre una naturaleza aporística, resuelven problemas concretos que se presentan en el mercado, y el Derecho constituye un sistema jurídico coherente, y a menudo demasiado hermético, en el que las soluciones ajenas o incompatibles con el sistema son expulsadas. Pero este es un problema que se presentará más adelante.

b) *El Estado como concepto jurídico.*

Como se ha observado en nuestra doctrina, la ciencia contemporánea del Derecho es estatocéntrica<sup>85</sup>. Como ya dije al principio, todo estudio de Derecho público debe comenzar por el Estado y su teoría, de manera que la concepción que se adopte va a ser fundamental para entender el funcionamiento de todo el sistema. En otras palabras, el Derecho público, tal y como lo concebimos desde hace dos siglos, es un sistema configurado a partir de una Teoría del Estado.

El Estado, como hemos visto en su desarrollo histórico, fue inicialmente un Estado patrimonial, una propiedad feudal del monarca, que interaccionaba con las propiedades feudales nobiliarias. El Estado patrimonial va a morir con el feudalismo, es decir, en la práctica en el siglo XVIII, aunque nominalmente seguirá existiendo hasta la irrupción de constitucionalismo. Pero aunque los monarcas siguieran hablando del Estado como una propiedad suya, el Estado absoluto ya había perdido esa concepción: era ya un Estado policía. El Estado policía se caracteriza por colocar al monarca en el centro del sistema, como titular de la Soberanía y como acaparador del Poder político y como autor del Derecho<sup>86</sup>. El Estado policía se sustenta en dos pilares: la seguridad y el bienestar. El Estado policía busca el bienestar de sus súbditos, es el creador

---

<sup>85</sup> RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ (2011:59).

<sup>86</sup> “Creador libre del Derecho” en la expresión de WOLFF (GALLEGO ANABITARTE (2009:44), referencia en general de todo el pasaje.

de concepto de servicio público y el iniciador de las políticas de fomento. En España, los reinados de FERNANDO VI y CARLOS III y nombres como el MARQUÉS DE LA ENSENADA, JOVELLANOS o FLORIDABLANCA son ejemplo paradigmático de esto. Pero el Estado policía no cuenta con sus súbditos. Por eso son súbditos, no ciudadanos. El Estado policía también es garante de la seguridad, que puede ser concebida como un servicio público, sí, pero que es expresión de la discrecionalidad de los poderes del Estado, el *gubernaculum*. Su poder se protege cerrando el acceso del súbdito a ninguna clase de recurso (*privilegia de non appellando*), aunque en la práctica se sometió en parte a la Administración al control judicial (*iurisdictio*) mediante la teoría del fisco, que concebía el patrimonio real como el patrimonio de una persona jurídica, con las mismas cualidades y sometimiento jurídico de una persona física privada. De ahí lo crucial de la personificación jurídica del Estado. Pero de esto hablaré un poco más adelante. El Estado absoluto es abolido por el constitucionalismo, sí, pero éste emplea sus mismas estructuras, cambiando el sujeto soberano. El Estado Policía, eso sí, es sustituido por el Estado de Derecho, complejísimo concepto, sí, pero que desde luego se sustenta al menos en cuatro pilares a los que los nuevos protagonistas del Estado liberal, ahora llamados, sí ciudadanos y no súbditos, no podían renunciar: separación de poderes, imperio de la Ley democrática, respeto a los derechos subjetivos, y especialmente a los que pertenecen al hombre por su origen *iusnaturalista*, y control de la actividad de la Administración. GALLEGO ANABITARTE ha observado sin embargo que en España la evolución fue algo distinta: no existió nunca la teoría del Fisco, pero el acceso a la jurisdicción de las Chancillerías que tuvieron los súbditos frente al Estado fue siempre muy amplio. La distinción, de origen medieval, entre lo contencioso y lo gubernativo, probablemente sufrió más en España a consecuencia de la influencia del Derecho administrativo francés en la primera mitad del siglo XIX que en ningún momento anterior<sup>87</sup>.

Fue la dogmática alemana la que mayor atención prestó al Estado como concepto. LABAND, que intentó desentrañar la naturaleza del Imperio bismarckiano, le atribuyó plena soberanía sobre los Estados miembros, negando que constituyera una mera confederación sin soberanía propia, como afirmaba SEYDEL. A partir de aquí, identifica la naturaleza del Estado Imperial por tres características: existencia de órganos independientes de los Estados miembros, la facultad del Estado central de aumentar su ámbito competencial conforme al artículo 78 de la Constitución del Imperio, y el principio del artículo 2 de la misma norma, que establecía que las Leyes del Estado prevalecían sobre las Leyes de los Estados miembros<sup>88</sup>. Fue JELLINEK el gran autor de una clasificación de las teorías sobre el Estado. Resumidamente, pueden dividirse en teorías

---

<sup>87</sup> GALLEGO ANABITARTE (2009:46).

<sup>88</sup> LABAND, P. (1901), *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, Tome I, París: V. Giard et E. Brière, 149 y ss.

objetivas (como hecho, como creación del Derecho, como un conjunto de elementos -pueblo, autoridad-, o como organismo natural) y subjetivas (como organismo ético-espiritual, como asociación o unidad colectiva) y teorías que reducen el Estado a un concepto jurídico, a las que luego se han añadido otras como la concepción social. Otra importante aportación de su concepción del Estado es definir el desarrollo del concepto como distinto de su justificación teórica<sup>89</sup>. CARRÉ DE MALBERG construye una teoría de la personalidad del Estado, situándolo como la personificación de la Nación. La Nación ostenta su soberanía a través de su estatalización, se personifica al constituirse en Estado y no tiene personalidad de ninguna otra forma que no sea a través de su personificación en el Estado. Estado y Nación serían, pues, dos caras de la misma moneda<sup>90</sup>.

Estos principios cambiaron mucho después: el positivismo intentó encasillar la protección en los derechos positivizados, y así dice BOBBIO que los derechos fundamentales siguen un proceso de positivación, generalización, internacionalización, especificación<sup>91</sup>. Esto es cierto sin duda, aunque resulta difícil no reconocer un trasfondo ético en los derechos fundamentales. Por otra parte, el Estado evoluciona progresivamente hacia un Estado prestacional, que desemboca tras las guerras mundiales en el Estado Social, fundado tanto en la prestación de servicios públicos a los ciudadanos, como en la regulación de los sectores económicos.

c) *La personalidad jurídica del Estado.*

Pero el gran punto sobre el que quiero detener mi atención algo más es la personalidad jurídica del Estado. Aunque es pronto para sacar conclusiones, es necesario advertir al menos por qué es la personalidad jurídica del Estado relevante para la resolución de los conflictos de normas. En primer lugar, ya dije que una Teoría del Estado es el punto de partida indispensable de cualquier estudio de Derecho público. Evidentemente, para la concepción del Estado, afirmar o negar su personalidad jurídica es fundamental. Aún más importante que esto: la afirmación o negación de la personalidad del Estado es, en mi opinión, clave para entender las relaciones entre Estado y Sociedad. Como explicaré más adelante, no es lo mismo negar la personalidad jurídica del Estado, que puede derivar fácilmente en una confusión entre Estado y Sociedad y la identificación de ambos conceptos, que afirmarla, y por consiguiente establecer una contraposición, inspirada por HEGEL si se quiere, entre Estado y Sociedad, que no hay que exagerar ni separar radicalmente, tal y como

---

<sup>89</sup> JELLINEK (2005:205 y ss.).

<sup>90</sup> CARRÉ DE MALBERG (1920): *Theorie General de L'État*, París: Recueil Sirey, pág. 15.

<sup>91</sup> BOBBIO, N. (1988-89): *Derechos del hombre y filosofía de la historia*, Madrid: Anuario de Derechos Humanos, núm. 5pág. 27.

se hizo en el siglo XIX, pero que como ha dicho ARIÑO, es necesaria para mantener un Estado de Derecho sano<sup>92</sup>. Al afirmar la personalidad jurídica del Estado, las normas supranacionales de Derecho público, que son externas al Estado, deberán integrarse en el sistema jurídico como tales elementos externos. La negación de la personalidad jurídica del Estado y afirmación exclusiva de la personalidad de la Administración podría generar confusión en este campo, porque el conflicto normativo no sería entre normas del Estado y normas supraestatales, sino entre normas emanadas de sujetos privados frente a normas emanadas de una colectividad soberana de sujetos. En este último caso sería difícil concebir que un conjunto de sujetos, aunque sea soberano, pueda generar un sistema jurídico en su actividad de producción normativa, pues su aproximación a los problemas sería tan aporística como la de los sujetos privados al emanar normas públicas internacionales, de manera que será difícil resolver el conflicto de normas, reducido a una oposición entre dos voluntades distintas, de las que sólo una tiene legitimidad democrática. Sin embargo, concibiendo el Estado como una persona jurídica, es mucho más sencillo entender un sistema de Derecho que emana de él, que resuelve con diversas reglas todos los problemas que se le presentan, y que dispone de mecanismos para integrar las normas externas al sistema, y resolver los conflictos que se generen con las normas internas.

Lo diré de otra manera: considero que en un Estado despersonalizado e identificado plenamente con la colectividad soberana, el único método de legitimación de las normas externas se reduciría a su aprobación por el procedimiento legislativo, porque no hay más sistema jurídico que la voluntad soberana del colectivo. De esta forma, las normas supranacionales no salen muy bien paradas. En cambio, admitiendo la personalidad jurídica del Estado, la existencia de un sistema resulta mucho más comprensible, porque el Estado desenvuelve un conjunto no sólo de normas, sino también de mecanismos para resolver antinomias y lagunas que den respuesta a todos los problemas jurídicos que se planteen. Entre estos mecanismos deberá incluir algunos para integrar esas normas cuando cumplen un mínimo de requisitos para reconocer su legitimidad, que en resumen han de ser el respeto a los principios y dogmas jurídicos del Estado, y singularmente los

---

<sup>92</sup> ARIÑO ORTIZ (2004:XXXVI). Por eso mismo también necesitamos un Estado regulado por el Derecho público, con instituciones concebidas ex profeso y teniendo en cuenta su propia problemática, y especialmente la débil posición del ciudadano frente al Estado y la Administración. Y no se puede intentar (como tantas veces se pretendió en el siglo XIX) crear un Derecho público a base de extrapolar instituciones de Derecho privado. La representación nunca fue buen modelo para los órganos de la Administración, como los derechos subjetivos privados nunca lo fueron para la potestad, ni probablemente lo sean tampoco la mediación y el arbitraje del Derecho privado para desarrollar métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho público. En este sentido, ARIÑO (2004:XXXIX) lleva razón en que el Derecho público es el Derecho del Estado, y que el Estado de Derecho exige que sea el Derecho público, y no otro, el que regule la actividad del Estado. Pero eso dicho, fenómenos como el de las normas supranacionales de Derecho público se producen fuera del ámbito de poder (y especialmente del poder de creación normativa) que el Estado ostenta, sin embargo invaden de hecho sus competencias. La respuesta a este fenómeno debe ser un mecanismo (o un conjunto de ellos) para integrar estas normas en el Derecho del Estado, resolver el problema de interpretación conforme o incluso el conflicto, si lo hay, con las normas internas, y así asegurar que se someten a las mismas garantías.

derechos fundamentales, pero sin la necesidad de que cada norma sea aprobada por el procedimiento legislativo para ser aplicada. Sólo una vez integradas las normas supranacionales en el sistema se puede plantear su aplicación, con los instrumentos dogmáticos que sean procedentes: interpretación conforme, resolución de conflictos de normas, o cualquier otro.

Hasta ahora he hablado con naturalidad de la personificación jurídica de la Nación en el Estado. Pero este proceso se ha negado en ocasiones. El propio CARRÉ DE MALBERG contraargumenta a las dos corrientes que se oponen al Estado personificado, ambas derivadas de ciertas interpretaciones del pensamiento revolucionario francés. Una primera corriente del pensamiento jurídico post-revolucionario francés entendió que la consecuencia de que el pueblo sea el legítimo soberano es que sólo el pueblo puede ser el titular de la soberanía, por lo que no puede haber un segundo titular personificado que sea soberano, ni aún en nombre del pueblo. El Estado sería entonces el conjunto de los ciudadanos, cada uno considerado individualmente, de tal forma que la comunidad no constituye un objeto distinto de cada individuo miembro de la sociedad<sup>93</sup>. El mayor representante de esta tesis es sin duda BERTHÉLEMY, quien habla del Estado como la colectividad de todos los franceses, que es titular (“propietaria”) de derechos subjetivos. No es baladí que este autor emplea el término “persona moral” y no persona jurídica para calificarlo<sup>94</sup>. Esta es probablemente la tesis que ha inspirado en España a aquellos que niegan la personalidad jurídica del Estado y sin embargo sí que se la atribuyen a la Administración.

Un segundo frente de la negación de la personalidad jurídica del Estado es la corriente realista o, más bien, materialista, que niega que pueda hablarse de la existencia de un Estado diferente de las personas que lo componen, porque sólo puede atribuirse la cualidad jurídica de persona a las personas físicas, que son las únicas personas en sentido material. Empíricamente, dicen estas tesis, el Estado personificado no existe, sino que es una mera creación escolástica. En sentido amplio puede remitirse esta teoría al concepto de Soberano defendido por ROUSSEAU, que no sería más que los particulares que lo componen<sup>95</sup>. Ya en el ámbito del Derecho administrativo, los principales valedores de estas tesis se encontraron en Francia en el siglo XIX (JÈZE, DUGUIT) y SEYDEL en Alemania<sup>96</sup>. Esta teoría no está lejos del concepto que maneja del Estado el materialismo marxista, que alcanza el máximo grado de confusión entre Estado y Sociedad al identificar al primero con la organización de la segunda. Pero de todas formas, cualquiera de estos

---

<sup>93</sup> CARRÉ DE MALBERG (1920:15).

<sup>94</sup> BERTHÉLEMY, H. (1913): *Traité élémentaire du Droit Administratif*, Paris: Rousseau. Pág. 26.

<sup>95</sup> ROUSSEAU (1762-1963): *Le Contrat Social*, Paris: Union Générale d'Éditions, T. I Cap. VII.

<sup>96</sup> CARRÉ DE MALBERG (1920:18).

caminos que niegan la personalidad jurídica del Estado conducen, como es evidente, a la abolición de la contraposición Estado-Sociedad, y muy especialmente la materialista.

Toda la discusión anterior tuvo un sonoro eco en España con la tesis negacionista de la personalidad jurídica del Estado sostenida por GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>97</sup>. Para este autor, la afirmación de la personalidad jurídica del Estado fue instrumentalizada por la doctrina iuspublicista alemana en aras de superar el personalismo que había caracterizado la identificación del Estado con el Monarca en el Antiguo Régimen. Pero de fondo, el objetivo de la personificación jurídica del Estado en los Estados alemanes del principio monárquico habría sido la negación de la soberanía al pueblo, para lo cual hubiera resultado escandaloso atribuírsela al Monarca, y sin embargo resultaba aparentemente moderado atribuírsela al Estado. Un Estado personificado, desde el punto de vista de un orden político heredero del Antiguo Régimen que se adaptaba a algunas exigencias del liberalismo (libertad, propiedad, y unos parlamentos sometidos a sus príncipes de facto, y por lo general también de iure) sería perfecto sucesor del Monarca como titular de la Soberanía. Así podría ejercerla en nombre de sus dos titulares presuntos en la teoría del principio monárquico, el Pueblo y el Rey, aunque obviamente sería este último quién finalmente tendría las mayores atribuciones soberanas. Lo que es más, afirma este autor que la personificación jurídica del Estado niega la personificación de cada uno de sus tres poderes, lo que equivaldría a negarles sustantividad propia y los sitúa como meros órganos, definiendo la actividad Administración (e incluso los Poderes

---

<sup>97</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011: 34 y ss.). También en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2011): *Democracia, Ley e Inmunidades del Poder*, Madrid: Civitas.



Legislativo y Judicial) desde un punto de vista meramente funcional, como funciones del Estado, y no como Poderes independientes<sup>98</sup>.

Sin embargo, como es bien sabido, frente a la antigua teoría de la representación -traída al Derecho público desde el Derecho privado-, la moderna teoría del órgano ha demostrado, entre otros avances, que ni el órgano ni su gestor o administrador pueden considerarse representantes de la personificación de la que forman parte -que es la titular del órgano-, porque el representante es siempre una persona distinta y con voluntad diferenciada de la del representado, y los órganos no lo son. Tal vez bajo la pretensión de salvar este escollo, argumenta este autor que la personalidad jurídica debe reconocerse, no al Estado, sino a las Administraciones públicas, para garantizar su independencia frente a la actividad del Estado, respecto del cual administrar no puede considerarse mera *función*, como pretendía MAYER. De hecho, el citado autor quiso también ver un intento de vuelta a la soberanía del Estado en el artículo 1.II de la Ley Orgánica del Estado de 1967, “*II.- Al Estado incumbe el ejercicio de la soberanía a través de los órganos adecuados a los fines que ha de cumplir*”.

---

<sup>98</sup> Para entender bien esta preocupación, hay que tener en cuenta que la separación de poderes, fundamento del Estado de Derecho y del Derecho público del Estado Liberal, sufre una crisis en el primer tercio del siglo XX, al menos desde el punto de vista de cierta parte de la doctrina. La obra de SCHMITT (2001:186 y ss.) es arquetípica en este sentido. Según este autor, la llamada división de poderes en realidad no es más que una mera separación de las autoridades superiores y de sus competencias, y cierta conexión “de influjo y contrapeso” entre los poderes, a pesar de reconocer la necesidad de cierta separación. En España, cuestionó la formulación tradicional de la separación de poderes JIMÉNEZ DE ASÚA, quien en el marco de la Comisión encargada de la elaboración del proyecto constitucional de 1931 afirmó que “*La separación de Poder ejecutivo y del legislativo, que arranca de la doctrina de Montesquieu está hoy en franca crisis. Hoy el poder reside en el pueblo, encarna en el Estado y se ejerce por sus órganos; no hay necesidad de hacer esa división, sino de afirmar más bien la seguridad y la permanencia de la labor de cada uno*” (1).” El principio de separación de poderes se articulaba por lo tanto como una suerte de principio técnico, y la Constitución no hablaba propiamente de poderes sino de órganos al referirse a los órganos constitucionales (citado por MENÉNDEZ REXACH (1978:497). Que la separación de poderes es indispensable para la configuración de un Estado de Derecho, es una afirmación incuestionable hoy, como lo es el carácter de poderes del legislativo, el ejecutivo y judicial. La división es también clara en la Constitución, aunque sólo el judicial es calificado propiamente como “Poder” (Título VII). No es correcto imponer una visión reduccionista de la separación de poderes situándolos meramente como órganos del pueblo, cuya separación es meramente funcional o competencial, porque ese planteamiento niega precisamente la esencia de la división, que es la contraposición de la voluntad de cada órgano, al reducir las tres voluntades a expresiones directas de una sola voluntad del pueblo. Pero este es un problema diferente al de la imputación de los actos de los poderes al Estado, que es la persona jurídica que integran. De hecho, probablemente el gran riesgo de difusión de la división de poderes se encontrará en la colectividad soberana no personificada, que es el sujeto natural de la teoría política de ROUSSEAU, que con todas sus luces funda uno de sus pilares en la negación de la división de poderes propuesta por MONTESQUIEU. En una colectividad soberana los poderes no pueden formar nunca su propia voluntad distinta de la del soberano, precisamente porque éste va a ser centro de imputación de todas las decisiones, y por lo tanto se impondrá siempre la voluntad general única sobre la formación de la voluntad de los diferentes poderes representantes de esa misma voluntad general, pero ejerciendo sus competencias de forma independiente de los otros. Sin embargo, en el Estado personificado, como dice GALLEGO ANABITARTE,(1992:85) la división se salva dentro de la personalidad jurídica del Estado reconociendo a cada órgano facultades para la defensa de sus propias competencias frente a la injerencia del resto de poderes (se llega a hablar incluso de *derechos subjetivos* del órgano), lo que impide que se difumine su independencia al albur de una sola voluntad subyacente (empíricamente contrastable con facilidad -dictador- o tal vez no tanta -voluntad general-). En cualquier caso, el Estado personificado seguirá siendo centro de imputación único de esas voluntades, cuya coordinación es materia del Derecho constitucional, en aras de formar una voluntad única que pueda atribuirse al Estado.

En la actualidad, toda esta argumentación ya ha sido puesta en tela de juicio por una importante doctrina, de entre la cual destacaría a GALLEGO ANABITARTE, cuyas tesis voy a seguir a este respecto<sup>99</sup>. En cuanto al último punto, que es tal vez el más sencillo -desde luego el menos relevante en la actualidad-, MENÉNDEZ REXACH ya aclaró el artículo 1.II de la Ley Orgánica del Estado de 1967 al interpretarla en el sentido de que la soberanía residía en ella en el pueblo, y el Estado ostentaba su ejercicio a través de sus órganos<sup>100</sup>.

En lo que respecta a la cuestión central de la necesidad o no de la personalidad jurídica del Estado, GALLEGO ANABITARTE demostró que han existido dos fases en el proceso de personificación. Históricamente, el conjunto de las instituciones ha sido identificado con una metáfora corpórea, que se remonta a la clásica fábula romana de MENENIO AGRIPPA, quien interpretando libremente a ESOPO comparó Roma con el cuerpo y sus instituciones con sus órganos y extremidades<sup>101</sup>. Pero esta tradición, luego heredada por el *ius commune* y por la teoría germánica del fisco, no consagra la personificación jurídica del Estado. Hay que esperar al desarrollo del propio concepto de la persona jurídica en el Derecho privado, que se produce en el Estado liberal, y que es el adoptado por ALBRECHT en su célebre comentario<sup>102</sup>, al que seguirán entre otros GERBER, JELLINEK y autores ajenos a la doctrina alemana como el propio CARRÉ DE MALBERG. El Estado se debe concebir como una persona, constituida por un conjunto de órganos (establecimiento), carentes de personalidad en sí mismos, de manera que los Poderes simplemente ejercitan actividades *diferentes*, pero siempre actuando en nombre del Estado, que es centro de imputación de sus actos y al que los tres Poderes representan íntegramente al actuar a través de sus órganos<sup>103</sup>. Si bien en el caso de los órganos constitucionales, éstos tienen un ámbito competencial propio, y ostentan capacidad jurídica suficiente para defenderlo *ad intra* frente a otros órganos del Estado, pero no *ad extra*, frente a terceros, y nunca con personalidad jurídica independiente<sup>104</sup>. Así se salva la crítica de la dilución de la separación de Poderes, que tampoco estaba garantizada con la personalidad jurídica de la Administración y no del Estado, pues la

---

<sup>99</sup> Vid. Especialmente GALLEGO ANABITARTE (1992) y también GALLEGO ANABITARTE (2009).

<sup>100</sup> MENÉNDEZ REXACH (1978:601).

<sup>101</sup> LÓPEZ, J. Los orígenes de la fábula: la disputa del cuerpo y la cabeza, Aula Orientalis, 17-18, 475.

<sup>102</sup> ALBRECHT, E. (1837): Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen Deutschen Staatsrechts, Göttingische gelehrte Anzeigen, 150 y 151, 21 de septiembre de 1837, reimp.WGB, 1962.

<sup>103</sup> En ese sentido, vid. HEGEL (1988:350) § 272, escrito en referencia a la Constitución, es decir, a cómo la Constitución debería organizar el Estado *racional*: “La constitución es racional en la medida en que el Estado determina y *diferencia* en sí su actividad *de acuerdo con la naturaleza del concepto*, de manera tal que *cada uno* de los poderes es en sí mismo la *totalidad*, porque contiene en sí la actividad de los otros momentos y porque, al expresar éstos la diferencia del concepto, se mantienen en su idealidad y constituyen un único todo *individual*” (subrayado en el original).

<sup>104</sup> Así lo conciben WOLFF y THOMA en Alemania, y GARCÍA-TREVIJANO en España, citados por GALLEGO ANABITARTE (1992:82).

Administración tampoco es un Poder, sino que todos los Poderes tienen su propia Administración, siendo las Administraciones públicas más grandes las territoriales, dependientes siempre del Poder ejecutivo (y no siempre del mismo: ahí están las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales). La personificación jurídica independiente de la Administración bien puede tener sus propios riesgos, pues no es concebible que la Administración pueda tener un ápice de independencia frente al Poder Ejecutivo, si es el Gobierno quien la dirige (art. 97.1 CE). En cuanto al argumento de la aceptación positiva de la personalidad jurídica de la Administración en nuestro Derecho, baste decir con GALLEGO que ni el artículo 3.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, 4. *Cada una de las Administraciones Públicas del artículo 2 actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única* ni sus predecesores, el artículo 3.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo primero de la Ley de 20 de julio de 1957 sobre régimen jurídico de la Administración del Estado, excluyen la personalidad jurídica del Estado. Ni de hecho se la otorgan a la Administración: significa simplemente que cada Administración actúa como órgano del Estado (que es quien ostenta la personalidad jurídica) sin que sea divisible en diferentes departamentos (v.gr. los Ministerios) con diferente personalidad jurídica, pues estos ostentan su propia competencia, sí, pero forman parte de una única institución (o establecimiento): el Estado. A día de hoy, la personalidad jurídica del Estado, justificada de una u otra forma, y se haga o no convivir con la de la Administración, es cada vez menos cuestionada. Las debilidades de la teoría negacionista de la personalidad jurídica del Estado han sido admitidas por MUÑOZ MACHADO, quien sin embargo sigue afirmando de forma incuestionable el fundamento positivo de la personalidad jurídica de la Administración en España<sup>105</sup>. En cualquier caso, queda claro que la concepción estatutaria del Derecho administrativo es ya insostenible, como es obvio a la vista del presente trabajo, que tiene por objeto las normas supranacionales de Derecho público, cuyo ámbito regulatorio es materialmente de Derecho administrativo (casi siempre de la llamada Parte especial de la disciplina), pero son *a priori* ajenas al Estado en el que se aplican, ya no digamos a sus Administraciones Públicas.

La *moraleja* importante de esta evolución desde la fábula esópica es que la personificación jurídica del Estado no ha sido, ni mucho menos, una constante histórica, pero en cualquier caso es necesaria para la consolidación del Estado de Derecho porque, como explicaba más arriba, permite mantener la indispensable contraposición Estado-Sociedad<sup>106</sup>. También vale la pena insistir con

---

<sup>105</sup> MUÑOZ MACHADO (2015: T. I, 50 y ss).

<sup>106</sup> En general, sobre la respuesta a las críticas a la personalidad jurídica del Estado vid. GALLEGO ANABITARTE (1992: 145 y ss.).

GALLEGO en que la posible raigambre hegeliana de toda esta teoría no es, evidentemente, un descalificativo *a priori*. Lo importante era establecer el principio básico de mi concepción del Derecho público, la personalidad jurídica del Estado para, a partir de ella, construir el concepto y los tipos de relación con otros entes tanto de Derecho interno como internacional, pues la relación entre las entidades es la causa de las fuentes del Derecho a las que dan lugar. Así, la relación entre Estados personificados es la causa de los conflictos de fuentes que dan lugar al Derecho internacional público y privado; la interrelación de los Estados miembros personificados con organizaciones supraestatales es la causa de las relaciones de fuentes entre Derecho interno y el Derecho europeo o el Derecho de otras organizaciones internacionales como, por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio. Y la interrelación entre Estados personificados y entidades privadas que generan disposiciones de alcance general es la causa del conflicto de fuentes entre Derecho interno y normas privadas supranacionales, que es el objeto de este trabajo.

Como he intentado explicar más arriba, nada de esto sería igual sin la personificación jurídica del Estado, porque la relación de una colectividad nacional soberana sin personificar con otras colectividades o incluso con entidades privadas nunca dejará espacio al conflicto. Efectivamente, la colectividad nacional no personificada siempre absorberá toda la potestad legislativa en su territorio, y además tal vez ejerciéndola de forma directa, lo que excluye de raíz la legitimidad de cualquier norma no emanada de dicha colectividad y hace imposible la resolución del conflicto normativo, pues se reduce a una mera contraposición de voluntades legítimas. Un Derecho basado en exclusiva en la voluntad de la colectividad soberana no personificada niega cualquier solución jurídica externa a dicha colectividad, con lo cual o bien genera para sus propios problemas soluciones tópicas y excluyentes de normas externas, o bien genera un sistema hermético, incapaz de absorber normas externas a través de un complejo de normas de conflicto. Pero un Estado personificado, en el que el Poder Legislativo se concibe como un órgano con competencias propias y exclusivas dentro de su organización, pero que no agota la capacidad de generar normas, interrelaciona mucho más fácilmente con otras entidades personificadas que la propia colectividad y es capaz de presentarse ante el exterior como un establecimiento, pero no sólo un establecimiento de órganos, sino un establecimiento de normas, un sistema jurídico, abierto a resolver los conflictos que surjan con normas externas mediante soluciones que quepan dentro del propio sistema jurídico, diseñado *a priori*, y no simplemente dependientes de la voluntad de uno de sus órganos. En otras palabras, en un Estado personificado éste es el centro de imputación de las decisiones de sus órganos, y por lo tanto de las decisiones del Poder Legislativo aún democráticamente legitimado. Pero es que en realidad si ese Estado personificado es un Estado de Derecho, la forma del Estado será democrática (social y democrático de Derecho, en nuestro caso), por lo que cualquier decisión

de sus órganos que se impute al Estado y que esté dentro del sistema jurídico (es decir, de la legalidad), estará legitimada, porque forma parte de un sistema social y democrático de Derecho, aunque no sea una decisión del Poder Legislativo adoptada de conformidad con el procedimiento legislativo (es decir, aunque no sea una Ley formal).

Dicho esto, es tan necesario reconocer que la Ley parlamentaria ostenta la máxima legitimidad parlamentaria dentro del sistema como admitir que cualquier acto válido de un órgano imputado al Estado de Derecho se mantiene dentro de sus límites y valores, y por lo tanto es legítimo. Este es el estatus de las normas privadas supranacionales, una vez que cualquier órgano del Estado admita su aplicación. Muy al contrario, en una colectividad soberana despersonificada, las decisiones de ésta serán la única fuente de legitimidad democrática, y no se le podrá imputar a la colectividad la decisión de cualquier otro órgano (administrativo o judicial) que resuelva un conflicto de normas de Derecho público para aplicar una norma extraterritorial. Siendo estrictos, esto supone renunciar a la teoría del órgano tal y como la conocemos, reconociendo que la colectividad soberana y cada órgano que adopta decisiones (la Administración, los órganos judiciales, etc.) son personas diferentes. A consecuencia de esto, la colectividad soberana se convertiría en centro de imputación de todas las decisiones de todos los órganos competentes sobre el territorio (porque ninguno de ellos es soberano para responsabilizarse de sus decisiones, en última instancia habrá que remitirlas a la colectividad), y esa imputación sólo se podría realizar de dos maneras: o bien se realiza mediante ficciones jurídicas muy endeble (pues es complicado atribuir al soberano decisiones judiciales o administrativas adoptadas por terceras personas distintas a él, aunque le esté subordinadas o aunque su competencia derive de reglas emanadas del Soberano), o bien simplemente se adopta la decisión de que toda norma válida deberá ser aprobada por la colectividad soberana, lo cual es fantasioso incluso para la Francia Revolucionaria, y desde luego imposible en el mundo de las normas supranacionales de Derecho público, cuya vigencia y aplicación supraterritorial es indudable. Se comprende ahora la importancia capital de clarificar las bases del Derecho público sobre las que argumentamos y de fundar este estudio en la afirmación de la personalidad jurídica del Estado.

d) *Referencia sucinta al concepto de Estado en el Derecho Internacional Público.*

Por último, no se puede dejar de hacer mención a la dimensión *ad extra* del concepto de Estado. En el proceso histórico de desarrollo del Estado moderno que he expuesto, gran parte se debe a la vocación internacional del Estado. La subjetivación de un establecimiento de Derecho público distinto de su pueblo y su territorio, pero que como veremos los contiene, y su postrera personificación jurídica, son ambas productos jurídicos racionales una evolución histórica

simultánea de la vida pública interna y externa de los reinos medievales de Europa. Internamente, ya he examinado como nace el Estado, y en las próximas páginas explicaré sus características, pues su configuración va a determinar también el nacimiento de su función ejecutora, la Administración Pública. Externamente, la subjetivación era aún más necesaria: sólo así nacen los sujetos que van a ser protagonistas de las relaciones internacionales estables a largo plazo, sustituyendo las relaciones entre sus cambiantes gobernantes. El mismo motivo justifica, a nivel práctico, la personificación del Estado en el Derecho Internacional Público antes que en ninguna otra rama del Derecho. El concepto de Soberanía también alcanza en el ámbito internacional dimensión propia, y no se concibe tanto como un problema teórico de legitimación del Soberano (tal y como sucede en el Derecho interno) sino como el problema de su independencia, que tradicionalmente pasaba por el monopolio del Estado sobre la potestad legislativa, que últimamente ha perdido. El Derecho Internacional Público es, por lo tanto, producto de esta realidad sociológica de la pluralidad de Estados, y no presupuesto previo.

En un sentido doctrinal, para referirse a la posición del Estado en Derecho Internacional Público bastará con referirse a la doctrina posterior a la Primera Guerra Mundial. La elección de este momento para este análisis que propongo (que debe ser a la par breve y crítico) no es baladí, porque se trata exactamente del momento en el que el concepto cumbre de Estado-Nación comienza a desfigurarse ante unas realidades internas y externas más complejas. Y los cambios eran evidentes. Pero un cambio nunca es fácil de explicar, o incluso de admitir, lo que justifica que en la doctrina haya una suerte de confusión, entre la supervivencia de los conceptos tradicionales y la irrupción de los modernos. El primer autor en reaccionar a los cambios jurídicos impuestos por la realidad vislumbrada en la Paz de Versalles es seguramente VON LISZT, en las sucesivas actualizaciones de su manual. Según su visión, todavía en un tono positivista decimonónico, la comunidad de Derecho Internacional es una federación de Estados, una *famille des Nations*, con una finalidad permanente y general. Se distinguiría entre un aspecto material y un aspecto ideal de esta comunidad. En su aspecto material, la comunidad internacional sería una comunidad de intereses - entre los cuales menciona básicamente los económicos- que no pueden ser tutelados por ningún Estado individualmente, y quedan en manos de la comunidad. En su aspecto ideal, sería una comunidad de civilización o de cultura con valores ético-religiosos comunes (propugnados por la religión cristiana, pero no exclusivamente) y con instituciones político-jurídicas equiparables, cuya señal de identidad sería la separación entre la autoridad del Estado y la libertad del individuo. Esta coincidencia de intereses y civilización tendría como producto la comunidad de derechos, que no es otra cosa que la juridificación y (consecuencia ineludible de ésta en el Derecho del Estado Liberal)

positivización de las normas que resuelvan los conflictos entre los Estados<sup>107</sup>. Consecuencia de esto, el Estado, “*en el sentido del Derecho internacional, es la persona jurídica independiente dentro de los límites de un territorio, es decir, la comunidad humana, que habita en un territorio determinado y está gobernada por un poder soberano independiente. Sus características son tres: 1, la soberanía; 2, el territorio; 3, la población*”<sup>108</sup>. Sobre estos tres elementos, que definen al Estado tanto en su vertiente interna como externa, volveré más adelante. Esta conclusión se explica por la superación, ya mencionada aquí, del Estado patrimonial, y el triunfo de la distinción *dominium-imperium* o propiedad-soberanía. Sólo los Estados serían, por tanto, sujetos del Derecho Internacional Público. Pero esta conclusión no es perfecta: el propio autor reconoce que en su tiempo comienza a vislumbrarse una nueva forma de protección, la de los ciudadanos de los Estados, tradicionalmente ajena a la comunidad internacional, pero que cobra relevancia en los casos de protección de las minorías y los derechos humanos<sup>109</sup>.

No se trata de hacer una crítica a esta teoría. Su anacronismo es evidente, pero también su perspicacia. El elemento material es una realidad constatable en las relaciones internacionales desde siempre (y hoy tanto o más que entonces, especialmente en su sentido económico). Y el elemento ideal, tan criticable por su asociación a ciertos valores religiosos y políticos y al peligrosísimo concepto de “naciones civilizadas”, sigue presente en la comunidad internacional actual a través de los distintos documentos para la protección de los derechos humanos y los valores comunes que justifican los principios jurídicos de *ius cogens*. Es evidente, por otra parte, que la reducción del Derecho Internacional a un ordenamiento positivo es simplemente errónea, pero sí es correcto el concepto de esta disciplina jurídica como un producto de la sociedad internacional, que cambia permanentemente con ella. Es interesante también, como decía al comienzo de este epígrafe, que autor construya un concepto de Estado típicamente decimonónico, para seguidamente reconocer su quiebra, en lo que respecta a la protección de los derechos de los individuos y minorías.

A su vez, lo cambios llegaron también al propio concepto de soberanía. Antes he dicho que la soberanía del Estado en Derecho Internacional Público ostenta un carácter propio. Es así. Aunque naturalmente, existe conceptualmente una sola soberanía con un único origen. Soberanía *ad intra* y *ad extra* son dos categorías, dos aspectos de una misma cosa. VERDROSS explicó muy bien el proceso de formación de la soberanía estatal. El Derecho Internacional Público presupone la existencia de Estados independientes y soberanos; no es posible su existencia allí donde hay una sola soberanía. Este Derecho no existió en los grandes imperios, tampoco en el romano, donde

---

<sup>107</sup> VON LISZT (1929:8).

<sup>108</sup> VON LISZT (1929: 83).

<sup>109</sup> VON LISZT (1929: 82).

efectivamente existe el concepto hermano de *ius gentium* como Derecho aplicable a todas las gentes, pero nunca como Derecho de relaciones entre instituciones *cum imperium*, y mucho menos entre Estados soberanos, que no existían. Lo mismo sucedía en el Imperio de CARLOMAGNO, pero allí la homogeneidad era menor<sup>110</sup>. La progresiva separación de reinos europeos de este imperio, hecha definitiva en el siglo XIII con la pérdida de las ciudades-estado del norte de Italia, fueron el origen remoto de la moderna sociedad de Estados, ya intuida por BÁRTOLO en su *Tractatus Repraesaliarum* de 1354. Pero el moderno concepto de soberanía hay que atribuírselo a BODINO, que dio por vez primera contenido al poder de ese nuevo individuo subjetivizado que era el Estado. No hubiera existido la necesidad de que se formulara un concepto de Soberanía en el siglo XVI, si no hubiera habido una persona subjetivizada capaz de ostentarlo; incluso identificándose este poder con el Rey, era un poder mucho mayor del que cualquier Rey hubiera dispuesto en los siglos precedentes. Pero la identificación del Estado con su soberano era un error consecuencia de la concepción patrimonialista germánica de la que tanto he hablado ya, un *dominium* que aunque a veces mantuviera ese nombre, estaba muy lejos de cualquier similitud con la propiedad: era un auténtico *imperium*, una *summa potestas* como la llama BODINO. Pero para él la soberanía sí que tiene límites: el poder soberano se vincula al Derecho divino, natural, al Derecho de gentes<sup>111</sup>. En mi opinión, sin embargo, estos son más bien límites inmanentes, no límites propiamente dichos a la potestad: no es que regulen el ejercicio de la potestad, es que la propia potestad no existe en el terreno del Derecho divino, del Derecho natural o del *ius gentium*.

Es posteriormente VATTEL quien introduce el concepto de independencia del Estado. Siguiendo el esquema que hemos propuesto entre soberanía interna y externa, la soberanía interna se manifiesta en el gobierno del Estado, la externa en su independencia. Ya en el siglo XIX, HEGEL construyó su concepto de Estado ideal, no de un Estado inalcanzable, sino del Estado existente como realización del espíritu ético: “*el Estado es la realidad efectiva de la idea ética, el espíritu ético como voluntad sustancial revelada, clara para sí misma, que se piensa y se sabe y cumple aquello que sabe precisamente porque lo sabe*” y “*el Estado, en cuanto realidad de la voluntad sustancial, realidad que ésta tiene en la autoconciencia particular elevada a su universalidad, es lo racional en sí y por sí*”<sup>112</sup>. El Estado hegeliano fue el máximo punto de la apología del concepto que hizo el Estado Liberal, afirmando su absoluta superioridad frente a cualquier otro poder, la *soberanía absoluta*. La consecuencia para el Derecho Internacional Público fue su redefinición como relación obligatoria, un argumento que fue siempre insostenible.

---

<sup>110</sup> Sobre el Imperio Carolingio, vid. KOSCHAKER (1955:52 y ss).

<sup>111</sup> VERDROSS (1957:9).

<sup>112</sup> HEGEL (1988:318). Como crítica a esta concepción de la bondad del Estado, de la razón de Estado, pero también de su negación categórica, o sinrazón de Estado, véase DÍAZ, E. (1984): *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid: Debate.



Incluso en el punto álgido del Estado-Nación se renunció a un concepto de Derecho Internacional obligacional, porque éste es, al fin y al cabo, el Derecho emanado de la comunidad internacional, entendida como organización social superior a cada uno de los Estados que la componen. Nace así el concepto de *soberanía relativa*, el reconocimiento de una soberanía estatal que sin embargo no puede impedir la sujeción de los Estados al Derecho Internacional, precisamente porque pertenecen a la sociedad que genera las normas supranacionales para autorregularse. Llevando al extremo este concepto de soberanía relativa, KELSEN afirmó que el Estado tiene una relación jerárquica con la comunidad internacional, como la tiene el municipio con el Estado. Naturalmente, este punto de vista no es admisible en el Derecho público moderno, donde la progresiva descentralización política ha dado lugar a entidades territoriales infraestatales con una notabilísima autonomía política, incluso elevada a rango constitucional mediante el método schmittiano de garantías institucionales. Como cierre, asumiremos, con carácter general, la definición de Estado soberano de VERDROSS: “*con ello hemos llegado al concepto moderno de Estado soberano como comunidad que se gobierna plenamente a sí misma, o sea, como comunidad independiente*”<sup>113</sup>.

Con estos fundamentos es suficiente para entender el concepto de Estado soberano desarrollado en Derecho Internacional Público, en lo que es relevante para el objeto de este trabajo. La conexión se comprende fácilmente: en primer lugar, debemos partir de la afirmación de que la comunidad internacional es una comunidad de Estados para poder refutarla. En el máximo concepto positivista que se acaba de ejemplificar en las tesis de VON LISZT o VERDROSS, el Derecho Internacional Público sería un monismo producto de la actividad normativa autorregulatoria de la comunidad internacional. Ni que decir tiene que la actualidad ha desbordado sobradamente esta tesis: los Estados siguen siendo los protagonistas de la sociedad internacional, las cabezas visibles y los centros de poder si se quiere. Pero la sociedad internacional actual es una suerte de *silva iuris*, un bosque jurídico con multitud de actores de muy diferente tamaño y naturaleza, y desde luego con intereses completamente divergentes los unos de los otros, no intereses contrapuestos, como si hubiera dos bandos, sino con intereses muy distintos, como si constituyeran multitud de fuerzas centrífugas que expanden el universo normativo internacional sin ningún orden. De esta realidad, sólo puede surgir un pluralismo jurídico. En este contexto, este pluralismo jurídico, que ha desbordado con mucho la pretensión hegeliana de un Estado dueño del Derecho, requiere una sistematización, que haga las veces de fuerza centrípeta y que organice el mundo imposible de las normas supranacionales en torno al sistema jurídico interno del Estado. En otras palabras, aunque el contexto externo sea el de pérdida del monopolio legislativo por parte del Estado soberano *ad extra* -tesis que desarrollo más abajo- la normas jurídicas internacionales aún tienen que

---

<sup>113</sup> VERDROSS (1957: 9), para esta cita y para todo el pasaje.

ser aplicadas por el Estado soberano *ad intra*, lo que exige su sistematización dentro del sistema de Derecho estatal. Profundizaré sobre estas ideas en las siguientes páginas.

## 5. La Administración pública.

El primer problema surge de la misma definición de Derecho administrativo como concepto diferenciado de la Administración pública misma. Las concepciones han sido históricamente diversísimas. En resumen, pueden clasificarse las que lo definen por su ámbito material, por las funciones o los poderes que ostenta la Administración, por los servicios públicos que presta o por la personalidad jurídica de la que se dota a la Administración, de manera que el Derecho administrativo sería un Derecho estatutario. A ellas se podría añadir una concepción más moderna, que es la que voy a defender aquí: el Derecho administrativo *relacional*. Lo que explico más abajo no es tanto una recensión histórica sobre el desarrollo de la Administración y el Derecho administrativo como una exposición de sus hitos fundamentales hasta la formación del concepto actual. Veamos.

Explicaba el Profesor VILLAR PALASÍ que en el Derecho romano el verbo *administrare* no se diferenciaba de *gerere*. La función vicarial aparece en el Derecho feudal, donde con la palabra *ministeriale* se designa al servidor o administrador, conocido en el mundo germánico como *Dienstmann*, y diferenciado del *dominus*. De esta doctrina surge una distinción entre acto de administración y acto de disposición, que regirá hasta el siglo XVIII. Así, el acto privado de administración responde a una titularidad dividida sobre un derecho patrimonial, en la medida en que hay una separación entre el *dominus* y el administrador. Durante esta época la función vicarial corresponderá al Príncipe, definido por SANTO TOMÁS como *vicem gerens multitudinis*. En la Baja Edad Media el Derecho estatutario construye ya una doctrina sobre el acto administrativo, pero restringida al ámbito del Derecho privado<sup>114</sup>.

Aunque enmarcado en el Derecho privado, se aprecian aquí las tres características de la Administración: la diferencia entre administrar y disponer, la titularidad dividida y la naturaleza variable del acto de administración. Sin embargo, el acto de administración en un sentido general puede concebirse como una universalidad de actos respecto de un patrimonio determinado. Esta idea es más cercana a la del acto de administración en el Derecho público. Inicialmente el Poder administrativo es entendido como propiedad del Monarca, difuminando la distinción entre *imperium*

---

<sup>114</sup> VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA (1986).

y *dominium* y dando lugar a una división y herencia del poder político en términos de propiedad de la tierra, que se plasmó en la distinción de tierras de Realengo, Abadengo y Solariego.

Es en el siglo XIII cuando comienza la expansión de la teoría de la Administración privada al Derecho público. La titularidad dividida aparece en la expresión del Juramento Real, *Rex stetit ante foras iurans prius urbis honores*, por las que el Rey renunciaba disponer del Reino y de las Regalías Mayores, consagrándose como administrador (*gerens*). Mediante la *professio* el Rey renuncia a enajenar los privilegios y consagra el respeto a los fueros, con lo que renuncia a las facultades del *dominus* y mantiene para sí las del administrador. El Rey queda reducido a un *communitatis personam gerens*, un titular de la *gestio*, imponiéndose así el sistema vicarial tanto para definir el acto de administración, como el propio Príncipe, que sólo es titular del poder de Administración. Este argumento sirvió a GREGORIO VII para sostener la subordinación del Príncipe a la Iglesia, y a LOCKE para limitar el poder de la Administración al fin político por el que fue creada. Por su parte, GALLEGO ANABITARTE fundamenta la evolución del Derecho público en la distinción de BRACTON entre *gubernaculum* y *iurisdictio*, que en último término permitirá el nacimiento de la distinción administración-jurisdicción<sup>115</sup>. Fue una construcción común la asimilación del Fisco a la dote o a un menor de edad. Así el Príncipe no era más que el administrador, bien de los bienes de la Iglesia, bien de la propia Administración. Para VILLAR PALASÍ, este logro del Derecho intermedio deja rastro en nuestro derecho, hasta el punto de ser el origen de la declaración de lesividad, la subasta previa para la contratación o venta de bienes patrimoniales o el concurso para las concesiones demaniales.

La Revolución Francesa fundará, como es bien sabido, el Derecho administrativo moderno. Los intentos de someter la Administración al pleno control parlamentario, sin embargo, serán fútiles: es el Poder Ejecutivo quien hereda del Rey Absoluto las potestades de administración. Desde mediados del siglo XX la Administración evoluciona a su mayor nivel de intervención, empleando por ejemplo formas jurídicas societarias, haciéndose un uso instrumental del Derecho privado, interviniendo con los particulares en el mercado. Incluso con los Planes De Desarrollo se llegó a hablar de una actividad de planificación, que consistiría en un instrumento de intervención económica meramente indicativo para los particulares pero vinculante para la Administración (aunque, en realidad, para la mayoría doctrina son una auténtica técnica de intervención administrativa)<sup>116</sup>. El Derecho administrativo económico, sin embargo, será objeto de un análisis

---

<sup>115</sup> GALLEGO ANABITARTE (2009:31).

<sup>116</sup> Todo el análisis histórico hasta aquí expuesto tiene su mayor deuda con las tesis expuestas por el Profesor VILLAR PALASÍ en VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA (1986:), epítome a su vez del manual, VILLAR PALASÍ (1977). A ambas obras será necesario remitirse.

posterior en el presente trabajo. Pero baste indicar que la génesis del Derecho administrativo económico nos pone ya a las puertas del Derecho administrativo *relacional*, porque es en la actividad económica donde los ciudadanos comienzan a tomar partido activo en su relación con la Administración. La distinción ya no es tanto entre las actividades del Estado (*gubernaculum et iurisdictio*, distinción que por supuesto sigue siendo necesaria) como entre las posiciones jurídicas de la parte que administra los intereses generales y la parte que defiende sus propios intereses privados. Así se entiende algo más, creo, la evolución de la Administración.

Este elemento es una (tal vez la gran) peculiaridad del Estado-Nación que estamos estudiando: en todos los precedentes históricos de organización de una colectividad soberana (la *polis* griega, la *civitas* romana, más tarde el Imperio, por poner los más sobresalientes) el elemento central es el pueblo. Roma es probablemente el ejemplo más extraordinario, pues se define singularmente como un pueblo y sus instituciones (SPQR, *Senatus Populusque romanus*). El territorio juega en la antigüedad clásica un papel secundario, como un teatro de operaciones militar y político, como el espacio en el que el pueblo ejerce su dominación. No podía ser de otra manera en un contexto político dominado por la Ciudad-Estado, en la que la población, concentrada y creciente, es el elemento central de la vida, política, económica, militar y de toda clase, y donde el territorio dominado por ella ocupa casi siempre una posición secundaria, como de finca comunal, cuyo fin casi único es el aprovechamiento económico de la *polis* o la *civitas*. Incluso Roma, al crecer desproporcionadamente, extrapola este planteamiento al Imperio.

Una importante consecuencia de esto deberemos sacar a cuenta del diferente papel de la ciudadanía en Roma y en nuestro Derecho moderno. Y es que creemos poder decir que en Roma el ciudadano es institución, constituye él mismo parte del Estado, mientras que en la ciudadanía moderna Estado y ciudadano son dos sujetos perfectamente diferenciados y en relación constante entre sí. El territorio en Roma es el objeto de dominación de un pueblo, el romano, que es el conjunto de los ciudadanos, y los límites del territorio son los de dominación militar de Roma, dependen de una cuestión de hecho, la dominación real que el pueblo romano ejerce sobre el territorio. En el Estado de Derecho moderno, el territorio es un elemento constitutivo y el ciudadano desarrolla su libertad en él, pero en virtud de los derechos que ostenta en su relación con el Estado, nunca de un poder de dominación de facto sobre el territorio que sólo puede tener el Estado, no el propio ciudadano.

Pero en todo caso, esto explica por qué conocemos muchos mapas de la Roma Imperial en la que las fronteras son difusas. Y también por eso en las fronteras formadas antes del siglo XV el espacio físico (ríos, montañas) aparece como agente delimitador de la propia soberanía. El territorio es el espacio físico que el pueblo, que es el elemento central de la comunidad, puede controlar política y

militarmente. Por eso hay espacios en los que el control es dudosamente efectivo y por eso a veces las fronteras no están claras, salvo que haya un agente físico que delimite, casi como un factor de estrategia militar, el espacio físico de poder de dos pueblos distintos.

Más bien habría que decir que el moderno concepto de territorio debe ser de nuevo una herencia del Derecho germánico, a través del feudalismo, en el que el Soberano ostenta un Señorío pleno sobre un territorio amplio, inicialmente rural y disperso, con fronteras bien delimitadas respecto del resto de señores de los territorios colindantes, y por lo tanto con límites claros y perfectamente controlable en su interior. Llevando esta teoría a su extremo, se ha argumentado que una característica del territorio es su continuidad, por lo que en casos como el de España, donde el mar opera como barrera de la continuidad de la soberanía sobre los territorios archipelágicos y las Ciudades de Ceuta y Melilla, éstas deben ser categorizadas como fragmentos de Estado, siendo así España un Estado de territorio discontinuo<sup>117</sup>.

Sin llegar a este extremo, queda claro que las comunidades políticas de la antigüedad clásica nunca fueron Estados en el sentido moderno del término. No sólo porque no llegaron a estar personificados (que por supuesto no lo estuvieron), sino porque en ellos faltaba un elemento esencial del Estado, el territorio. Las comunidades políticas de la antigüedad no pasaron de ser colectividades soberanas que ejercían poder de facto sobre un territorio, pero calificarlas como Estados es de todo punto erróneo. Eso sí, no hay que confundir dos cosas.

Una cosa es el surgimiento del Estado, que se produce en mi opinión con la asunción definitiva del poder político por parte de los Monarcas al final de la Edad Media y su consecuente poder efectivo sobre todos sus territorios, aún sometidos a la dominación feudal de sus Señores. Con todos los matices históricos que se quieran poner y todo el énfasis necesario en el carácter diacrónico de este proceso, los Monarcas asumen el poder jurisdiccional de sus Señores feudales, conformando un gran feudo, del que nacerá el Estado y en el que el territorio es tan definitorio como lo era en cualquiera de los feudos individuales que dominaron la Europa medieval. Otra cosa, completamente diferente, es su personificación jurídica, que se produce a mediados del siglo XIX, con la doctrina germánica de la titularidad estatal de la soberanía. Ambos son rasgos del Estado moderno, y ambos lo separan de las colectividades soberanas de la Antigüedad, aunque creo que el paso crucial de la fundación del Estado se produce con la institucionalización del territorio como elemento definitorio.

---

<sup>117</sup> Vid. HERRERO DE MIÑÓN (1972): “La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado español”, Estudios de Derecho administrativo, Libro jubilar del Consejo de Estado, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, y JELLINEK (1978): *Fragmentos de Estado*, Madrid: Civitas.

Ahora bien, la dificultad en la que el pluralismo global sitúa a la Administración Pública es consecuencia de la dificultad en la que sitúa al Estado mismo: a saber, cuál es el verdadero poder efectivo de semejante entidad cuando *de facto* tiene que compartirlo con otras entidades supranacionales, y de quedar poder en sus manos, cuál es la relación con sus competidores supranacionales, o mejor dicho, en qué medida pueden éstos ocupar el lugar de la Administración. Estas entidades pueden ser, al fin y al cabo, creadoras de normas, tal y como estudiamos en el presente trabajo, pero también sin duda pueden dirigir procedimientos y dictar actos (para los que se puede aplicar un régimen de recepción y control similar al de las normas).

En realidad, puede decirse ya que la Administración conserva su poder territorial, al igual que lo conserva el Estado. Y es que esta es la clave: Estado y Administración siguen siendo señores del territorio, y por lo tanto aunque hayan perdido el monopolio de la creación de normas jurídicas, no han perdido la hegemonía como poderes a nivel mundial. De ahí que la Administración vaya a ser en la práctica un actor clave en la recepción del Derecho global en el Derecho del Estado, admitiendo o rechazando la aplicación de determinadas normas supranacionales, y adoptando actos, siempre por supuesto revisables ante la jurisdicción contenciosa. Es decir que, aunque la palabra final sobre la admisión de una determinada norma supranacional en el Derecho del Estado la tendrá el Juez, la Administración tiene un papel importante y activo en la recepción, que consiste en cuestionar, en muchas ocasiones por vez primera, si una determinada norma debe ser aplicada o no, y si puede ser integrada en el Derecho del Estado. Esta es, insistimos, la consecuencia de que el Estado conserve todo su poder territorial. Ahora bien, sobre la potestad normativa ya no tiene la exclusividad: de ahí la ruptura con el modelo de Estado liberal y la pérdida de peso específico de la potestad reglamentaria de la Administración

## 6. El Derecho administrativo.

Para explicar el efecto que tiene el pluralismo supranacional sobre el Derecho administrativo (aunque ya hemos aludido a esto) vamos a comenzar por explicar las posiciones clásicas, singularmente el pretendido carácter “estatutario” de esta rama jurídica. GARCÍA DE ENTERRÍA explica que del concepto de fomento se desgaja el de servicio público. La ESCUELA DE BURDEOS, cuyos máximos representantes son DUGUIT, JÈZE o BONNARD, resolvió el conflicto entre autoridad y gestión promocionando un concepto material de servicio público, por el que la Administración se sometía al Derecho administrativo en cualquier caso en que gestionara servicios públicos. El paso definitivo lo dio el Consejo de Estado francés en el celeberrimo *arrêt*

*Blanco* de 8 de febrero de 1873, que introdujo el concepto de servicio público como *tertium genus* de la actividad administrativa. La innovación que el *arrêt Blanco* supuso en el Derecho administrativo ha sido sagazmente examinada por CASSESE, cuyo análisis tiene la virtud de poner en contexto el caso: terminado el II Imperio de Napoleón III y después del gran movimiento político de la Comuna de París, la Nueva III República Francesa comenzaba a fundar un nuevo modelo de Administración, en el que fue clave la atribución de la justicia delegada al Consejo de Estado francés<sup>118</sup>.

En el caso de Francia, continúa GARCÍA DE ENTERRÍA, la sucesión de nacionalizaciones emprendida por el Frente Popular de LEÓN BLUM y después de la Segunda Guerra Mundial por el Gobierno DE GAULLE mostró la insuficiencia de la tesis del servicio público porque había servicios claramente públicos que eran gestionados por empresas privadas, y servicios claramente privados en manos del sector público. HAURIOU propuso entonces un nuevo criterio, la prerrogativa, según el cual ha de aplicarse al Derecho administrativo cuando la Administración actúa dotada de prerrogativa, es decir que emplea medios exorbitantes al Derecho privado. Sin embargo, las actividades de fomento o servicio público no exigen a la Administración el ejercicio del poder frente al administrado, desarrollándose muchas de ellas en forma de mero incentivo<sup>119</sup>. En realidad, todo el desarrollo teórico del Derecho administrativo francés del primer tercio del siglo XX hay que ponerlo en el contexto de la oposición entre HAURIOU, más conservador y defensor del Derecho como un medio de alcanzar fines extrajurídicos, y DUGUIT, a quien el anterior calificaba como representante del socialismo jurídico y que aspiraba a construir un Derecho de fines y no de meros medios, es decir, un Derecho que sólo tendría éxito si los fines se alcanzaban realmente. De ahí que éste último autor centrara todo su análisis en el concepto del servicio público extraído de la doctrina del Consejo de Estado francés a partir del *arrêt Blanco*.

En los países anglosajones se ha sometido tradicionalmente a la Administración al Derecho común, en lugar de desarrollar un Derecho estatutario propio. De esta forma, se le dispensa el mismo trato que a cualquier sujeto privado. El autor teórico de este sistema es DICEY, quien escribe desde la perspectiva del Derecho constitucional inglés decimonónico basado en el *rule of law*, y llega al extremo de negar que sea posible la existencia del mismo concepto de Derecho administrativo dentro del Derecho inglés. Desde la década de 1950 sí que se ha desarrollado en Inglaterra el Derecho administrativo como materia independiente, pero conservando muchos de sus rasgos históricos. Mediante el sistema de judicial review, la actuación administrativa sigue sometida a los

---

<sup>118</sup> CASSESE (1989:3).

<sup>119</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011: ).

órganos de *Common Law*, al igual que el resto de sujetos privados. Sin embargo, la Administración británica sí que goza de fueros y privilegios. La superación de las ideas de DICEY se produce ya a fines del siglo XIX con la expansión de la Administración, pero especialmente desde la Primera Guerra Mundial. En Estados Unidos se produjo un efecto similar con la crisis de los años 30 y el *New Deal* del Presidente ROOSEVELT. En la actualidad el Derecho administrativo anglosajón es similar al continental en cuanto su contenido, pero con grandes diferencias formales heredadas de la distinta tradición jurídica de cada uno.<sup>120</sup>

Frente a la diversidad de líneas de pensamiento, se levantó en España la concepción estatutaria impulsada por GARCÍA DE ENTERRÍA, que considera que el Derecho administrativo es la rama del Derecho público que regula una persona jurídica, la Administración. Evidentemente, esta idea se basa en el concepto previo de la personificación jurídica de la Administración. Para este autor el Derecho administrativo es el Derecho estatutario que regula la Administración pública como sujeto, o más bien, las Administraciones públicas, sustrayendo estas singulares personas jurídicas del Derecho común. La concepción estatutaria queda ya descalificada por la propia realidad global, en la que la Administración ya no es una, sino muchos grupos administrativos técnicos de nivel supranacional-global y de carácter privado, lo que nosotros hemos llamado la *deslocalización* de la Administración.

Según su doctrina, el Derecho administrativo ostentaría la siguiente naturaleza y caracteres. Es, primer lugar, un Derecho estatutario. Esto significa que a diferencia de las ramas del derecho que tienen un carácter general (particularmente el civil), el Derecho administrativo regula el estatuto jurídico de un determinado sujeto, la Administración pública (o más bien, su pluralidad). VILLAR PALASÍ lo expresa diciendo que el Derecho civil, penal o procesal, son verticales, pues regulan todas las relaciones jurídicas de su materia, mientras que el Derecho administrativo sería horizontal, la normación aplicable a una persona en concreto, la Administración. El Derecho administrativo sería, también, Derecho público. Si entrar en la discusión sobre esta distinción entre Derecho público y privado -que trataré más adelante-, el Derecho administrativo regula la actividad ordinaria y más extensa del Estado, la Administración, que además es un sujeto personificado de Derecho público. Por lo tanto el Derecho administrativo no solamente es un Derecho público, sino que está íntimamente relacionado con el Derecho constitucional.

No hay que olvidar tampoco su papel como Derecho común de las Administraciones Públicas, en lugar del civil. Esto tiene dos consecuencias: la primera es que el Derecho administrativo regula toda clase de relaciones de las administraciones públicas (sancionatorio administrativo, procesal

---

<sup>120</sup> SANTAMARÍA PASTOR (1991). Vid. también WADE y FORSYTH (2011).



administrativo, contratos administrativos). Para que se aplique el Derecho administrativo a una determinada relación jurídica, la Administración deberá ser parte, inmediata o mediata (a través de un concesionario, por ejemplo). La segunda es una tesis que GARCÍA DE ENTERRÍA ancla en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y es que el Derecho administrativo se *autointegra* cuando hay una laguna por sus propios principios, sin necesidad acudir a ningún otro Derecho, y en particular, sin necesidad acudir al civil.

La *autointegración* del Derecho administrativo es otra de las batallas complejas que libra contra su propia actualidad: es imposible, siendo realistas, que la parte del ordenamiento jurídico que pertenece al Derecho administrativo, pueda integrar todas sus lagunas. Por muy grave que sea el fenómeno de la *motorización* del Derecho administrativo (término acuñado por CARL SCHMITT y su discípulo FORSTHOFF para referirse a la proliferación inmanejable de normas administrativas y su pérdida de calidad constante), el Derecho administrativo no goza ni de suficiente material ni de suficientes recursos metodológicos para resolver todos sus problemas solo. Sería impensable aplicar el Derecho administrativo sin acudir a la metodología jurídica y la Filosofía del Derecho. Pero también debería ser igualmente impensable concebirlo aislado del resto de ramas del Derecho. La *autointegración*, en su sentido originario, traía causa de una concepción estricta del principio de legalidad de la Administración por vinculación positiva, como explicaré más adelante. Pero debilitado este principio, seguir afirmándola resulta complicado. Es evidente que existen ámbitos en los que la Administración actúa por vinculación negativa con la legalidad (es decir, haciendo aquello que la Ley no prohíbe), y desde luego la aplicación de las normas supranacionales a ámbitos que son materialmente de Derecho administrativo demuestra que éste excede con mucho los límites de la mera legalidad estatal.

Por último, es una característica del Derecho administrativo su especificidad. Es un sujeto distinto de los particulares, especialmente en Derecho continental, en el que goza de grandes privilegios (la autotutela, en el privilegio de decisión ejecutoria o la acción de oficio), pero también más limitado en su ámbito de actuación (principio de legalidad, procedimientos formalistas en la formación de su voluntad) y está condicionada por ciertas garantías que debe prestar (el justo precio, la indemnización por responsabilidad (artículos 9.3 y 103 de la Constitución)). De esta manera, el orden constitucional somete a la Administración a un equilibrio entre privilegios y garantías.

La relevancia de todo esto para el moderno pluralismo global es esencial. El Derecho administrativo actual ya no sólo regula la Administración Pública como sujeto, sino sus relaciones con los ciudadanos, su intervención en los sectores económicos y sobre todo, y es aquí donde está la clave contemporánea, la posición sustitutiva de la Administración por parte de las entidades privadas

supranacionales, o dicho de otro modo, su ejercicio fáctico del poder público. A sabiendas de esto, resulta que el Derecho administrativo, además, se ocupa de las relaciones de cooperación interadministrativas (Derecho administrativo Internacional), la eficacia extraterritorial del Derecho Público (Derecho Transnacional) y en gran medida del Derecho de la Unión Europea. Y por supuesto es un tópico ya hablar, en clave de Derecho interno, de la invasión por parte del Derecho administrativo tanto del Derecho Constitucional como en parte del Civil (sobre todo en lo que se refiere al sistema de fuentes). En resumen, parece que el Derecho administrativo no sólo ha abandonado su carácter estatutario, si es que alguna vez lo fue, sino que ha ganado una posición propia a nivel supranacional e internacional que lo legitiman como probablemente la rama jurídica más fuerte del siglo XXI.

## 7. El Estado Social.

Como es bien sabido, el artículo 1.1 de la Constitución declara que *España se constituye en un Estado **social** y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*. Ahora bien, aunque es necesario para conocer la realidad jurídica en la que existimos, comenzar el estudio de una institución por su positivación es, como de costumbre, empezar *in media res*. Evidentemente, hay una realidad jurídico-política previa al nacimiento del Estado Social. A esta realidad se le conoce comúnmente como crisis del Estado Liberal, y se hace palpable en los años 20 y 30 del siglo XX. CARL SCHMITT, que fue uno de los primeros juristas en vislumbrar el fenómeno, ya reconoció bien el fracaso del Estado Liberal en sus aspiraciones de convertirse en sistema político permanente, pues como ya predijo VON MOHL, no era realista suponer que la contraposición decimonónica entre Gobierno y Parlamento pudiera mantenerse inamovible a futuro. La respuesta demócrata a este problema, aportada inicialmente por WEBER y su escuela, fue la integración de las nuevas clases sociales en el sistema liberal-burgués, representándolas en sus instituciones<sup>121</sup>.

Pues bien, en su dimensión económica, el Estado Social aspira a sumarse a las garantías del Estado de Derecho, añadiendo a las garantías del individuo frente a los Poderes Públicos, un compromiso de éstos por el bienestar social y la promoción de los menos favorecidos<sup>122</sup>. Aunque la identificación del problema y las primeras soluciones (más bien incipientes) pertenecen al periodo de entre guerras, el gran desarrollo jurídico del concepto de Estado Social se debe al más brillante discípulo del autor

---

<sup>121</sup> SCHMITT (2001:302).

<sup>122</sup> PÉREZ ROYO-ARAGÓN REYES (2011:192).

de *Teoría de la Constitución*, FORSTHOFF, quien dedicó la mayor parte de su obra al estudio del fenómeno del cambio industrial en la sociedad occidental contemporánea y a su respuesta jurídica, que identificó con la exigencia al Estado de garantizar lo que llamaba “procura existencial” (*Daseinvorsorge*). Con él nace el Estado Social, con la exigencia del mundo posterior a la Segunda Guerra Mundial de un Estado que garantizara los derechos fundamentales no sólo negativa, sino también activamente. El Estado Social, explica ARIÑO, se conoce entre los economistas con el nombre de Estado del Bienestar (*welfare State*) y diseña económicamente un Estado prestador de bienes y servicios y garante de la procura existencial (*Daseinvorsorge*)<sup>123</sup>. Pero ese modelo de Estado también tiene sus riesgos, que han sido identificados por la doctrina del análisis económico del Derecho precisamente, por autores como ROSCOE POUND y COASE<sup>124</sup>.

Expuesto el concepto, volvamos a su positivación. En primer lugar, recuerda PÉREZ ROYO que uno de los grandes debates dogmáticos sobre el Estado Social se ha centrado en la eficacia de la cláusula, porque desde luego en el siglo XX hubo Estados Sociales no positivizados como tales (los anglosajones), o vagamente positivizados (el alemán). Por eso sorprende el carácter decidido del constituyente español al adoptar la fórmula en la misma definición del Estado (por cierto, sin emplear las mayúsculas, que tampoco usa con la palabra *democrático*, lo que sugiere que para el constituyente el auténtico y relevante carácter del Estado es *de Derecho*, al que se subordinarían los demás). Pero de hecho, la Constitución española de 1978 ha tomado una decidida iniciativa con el concepto de Estado Social, y ha completado la cláusula con un importantísimo precepto, el artículo 9.2, que impone al Estado una función promocional que concretiza la cláusula social del 1.1, además de todo un elenco de derechos de entre los principios rectores de la política social y económica (los del Cap. 3º de la sec. 2ª del Título I, tal vez añadiendo alguno de la sec. 2ª del Cap. 2º del Título I, derechos y deberes de los ciudadanos), de los que la mayoría son considerados por la doctrina científica normas programáticas o mandatos al legislador, que en definitiva integran la cláusula de Estado Social, y a la que hay que sumar también la regulación económica del Título VII de la Constitución, especialmente el artículo 128, 1. *Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*, y 2. *Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*. Esta última norma es fundacional del Derecho administrativo económico, pero también integra la cláusula de Estado Social, como lo hace, por poner otro ejemplo, el artículo 130, 1. *Los poderes públicos atenderán a*

---

<sup>123</sup> ARIÑO (2004:87).

<sup>124</sup> ARIÑO (2004:89).

*la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles.*

No obstante, recordaba el profesor LUCAS VERDÚ que la cláusula de Estado Social no puede reducirse a un análisis positivista de normas administrativas, sino que como toda norma constitucional tiene una doble faz, jurídica y política<sup>125</sup>. La prueba de eficacia de la cláusula es que el propio Tribunal Constitucional ha recurrido a ella en múltiples sentencias, especialmente en materia de Derecho laboral (SSTS 11/1981, 14/1983, 81/1992, *inter alia*)<sup>126</sup>. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO ha puntualizado que la realización de los fines del Estado social se produce mediante la interacción de varias partes: el Estado y el individuo son los protagonistas, naturalmente, a los que habría que añadir la familia y la sociedad como los grupos en los que se integra el individuo. La dinámica del Estado social consiste por lo tanto en una tensión Estado-individuo/grupos en la que es el individuo quien tiene el deber de suplir sus necesidades económicas, y el Estado padece la responsabilidad de reforzar las condiciones para que esto sea posible. Pero no cabe concebir el Estado social como motivo de descargo del deber del individuo de autoabastecerse<sup>127</sup> ni tampoco como potestad del Estado para asumir la función de empleador o responsable de todos los individuos.

En realidad, el pluralismo global viene a tener un doble efecto sobre el Estado Social, tanto en calidad de principio constitucional como en su desarrollo normativo (básicamente en manos del Derecho administrativo, pero también según el sector en manos de otras ramas especializadas, como el Derecho del Trabajo). Este doble efecto es, por un lado, un incremento de las entidades privadas que son capaces de sustituir la actividad estatal (incluso la normativa) y por consiguiente un aumento de la oferta privada para los ciudadanos en muchos sectores (incluida la oferta de normas jurídicas para regular el régimen de su actividad) y, por otro, precisamente en virtud de la creación de normas, una potencial amenaza para las instituciones mismas del Estado Social. Dicho de otra forma, no es que el pluralismo global sea un agente destructor del Estado Social, sino que entre sus normas podrán encontrarse algunas que agredan los avances sociales logrados en el Derecho interno, y otras que los potencien. Es decir, que el Estado Social es a efectos del pluralismo global un principio constitucional, que deben respetar las normas supranacionales para ser admitidas en su aplicación dentro del Derecho del Estado. La rigidez o flexibilidad de este control quedará lógicamente en manos de las autoridades competentes en cada Estado. La cuestión es, en todo caso,

---

<sup>125</sup> En ALZAGA (2006:108).

<sup>126</sup> PÉREZ ROYO-ARAGÓN REYES (2011: 193), y las que cita.

<sup>127</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007:33).

que el pluralismo global no puede ser una excusa para huir del Estado Social, sino que la implantación de las normas supranacionales debe llevarse a cabo siempre teniendo en cuenta las exigencias que se deriven de la cláusula de Estado Social, en orden a que éste continúe vigente.

## 8. Derecho público y Derecho privado.

Llegamos ahora a un punto central del debate. Central en general porque es una de las mayores polémicas del Derecho, y central en particular porque si las normas supranacionales entran en conflicto con normas de Derecho público, es porque invaden ámbitos materiales de éste, y por lo tanto pueden ser calificadas propiamente como normas supranacionales de Derecho público, tal y como hago a veces en el presente trabajo.

Pero comencemos por el principio: la afirmación (o negación) de la distinción. Derecho público y privado es una clasificación del Derecho positivo, que se remonta al Derecho romano, alcanza una importancia gigantesca en el Estado Liberal y se mantiene hoy, aunque difuminada y con menor protagonismo. En Grecia no existió esta distinción. PLATÓN, ARISTÓTELES o POLIBIO sí que jugaban con dos conceptos: *politeia*, de contenido claramente constitucional, era el conjunto de leyes que regulaba la polis, es decir, la ciudad; y *nomoi*, designaba las leyes propiamente dichas que regulaban las relaciones civiles, Pero al parecer también las religiosas. Sin embargo, posiblemente no pasaran de una mera distinción doctrinal<sup>128</sup>.

En Roma esta dualidad se conservó con los nombres de *ius civitatis* y *ius civile*, tal y como los emplea CICERÓN, quien sin embargo sí que recurrió al término *ius publicum* frente a *ius privatum*, en el sentido de Derecho creado por el pueblo o por los particulares. La distinción reaparece luego y luego en el Digesto (D. I. I. I. 2). Sin embargo, la formulación que ha permanecido a través de la escolástica ha sido la de contenido claramente constitucional, y *nomoi*, las leyes propiamente dichas que regulaban las relaciones civiles. El texto tardío de ULPIANO, que afirmó que había dos “posturas”, *dua sunt positiones*, las normas *ad statum rei romanae spectat* y *ad singulorum utilitatem pertinet*, es decir, que sirven a la Ciudad o a los particulares. El pasaje es muy confuso y parece querer decir que esta distinción sólo es un punto de vista (*dua sunt positiones*) sobre a qué ámbitos afectan las normas. ÁLVARO D’ORS creía ver en este precepto la consagración de la distinción entre Derecho público y privado, en el que el *ius civile* sería el *ius* propiamente dicho que es moldeado por la *iurisprudencia*. Sin embargo, es claro que el Derecho romano nunca dejó de ser un cuerpo unitario. Para

---

<sup>128</sup> DE CASTRO (1955:75).

ALMOGUERA, que existiera esta denominación en derecho romano no significa que existieran dos cuerpos jurídicos desarrollados, ni mucho menos diferenciados<sup>129</sup>. FERRARA dice que se produce en el Medievo una mezcla inextricable de Derecho público y privado, formándose instituciones y relaciones con la mezcla de elementos heterogéneos<sup>130</sup>. Como dice LACRUZ, resultaba difícil distinguir un impuesto al señor de una renta al dueño, y a ello se sumaba la confusa posición jurídica de los gremios<sup>131</sup>.

En la Edad Media europea, el predominio del Derecho germánico impuso una concepción unitaria que no distinguía entre ambas esferas. DE CASTRO y CASTÁN coinciden sin embargo en que en España hay ejemplos de que se conoció al menos la diferencia entre normas que regulan el poder político y la vida privada<sup>132</sup>. En el Renacimiento el estudio concienzudo del Digesto recupera la distinción, siendo VIGELIO quien la aplica en la publicación de un tratado, con una división de materias muy parecida a la actual, después reproducida por DOMAT. En el Derecho público comienza a desarrollarse la teoría del *ius gentium* de la ESCUELA DE SALAMANCA y HUGO GROTIUS, fundándose en la *socialitas*. Poco a poco el Derecho público se consolida como el que regula las relaciones tanto Como la separación del patrimonio del Reino y del Monarca, la negación del carácter privado del dominio señorial sobre los vasallos o la distinción entre cosas comunales y privadas en el fuero juzgo<sup>133</sup>. entre Estados como a la organización y Gobierno internos de éstos, poniéndose en el centro de la discusión política en el S. XVIII con MONTESQUIEU o ROUSSEAU. En esta línea, el iusnaturalismo individualista de KANT y FICHTE consagra el Derecho privado como el defensor de la libertad individual y se contrapone al Derecho público, al que se le exige el no intervencionismo y la defensa de los derechos individuales, desconfiando de la politización del Derecho. El máximo representante teórico en Europa continental de este liberalismo garantista de la libertad individual y separador de Derecho Público y Privado es VON HUMBOLDT en Alemania, y en los textos positivos, es célebre el Código Civil austriaco, que concibe su objeto de regulación (el Derecho civil) nada menos que como un ámbito de libertad del ciudadano frente al poder. ZEILLER explica el Código Civil austriaco de 1811 diciendo que “*si se*

---

<sup>129</sup> ALMOGUERA (2002:97).

<sup>130</sup> CASTÁN (1986:103).

<sup>131</sup> LACRUZ BERDEJO (2010); Elementos de Derecho Civil: I. Parte General Volumen Primero. Madrid: Dykinson. (2010:97).

<sup>132</sup> Como la separación del patrimonio del Reino y del Monarca, la negación del carácter privado del dominio señorial sobre los vasallos o la distinción entre cosas comunales y privadas en el fuero juzgo.

<sup>133</sup> DE CASTRO (1955:81).

*mezclan con las leyes jurídicas toman éstas un significado inseguro y dependiente de la indicación del poder soberano*”<sup>134</sup>.

En España la doctrina se mantuvo fiel a la tradición medieval del derecho público de Gobierno de la Monarquía Hispánica con MOLINA o PÉREZ VALIENTE. Pero durante el Reinado de CARLOS III proliferaron las doctrinas ilustradas de JOVELLANOS o MAYANS, que define el Derecho público como “el que pertenece al bien y conservación del género humano”. No cabe duda de que esta concepción marcó las Revoluciones del Siglo XIX, pero a inicios de este siglo se vuelve a la concepción tradicional de la dicotomía con SAVIGNY, que adopta la división técnica del Derecho casi idéntica a como la manejamos hoy.

COLMEIRO encuentra una serie de diferencias notables entre el Derecho público y el Derecho privado, guiándose por varios criterios concurrentes: el objeto, el interés, el fin, la universalidad o convencionalidad de la justicia, o el origen de la voluntad de la Ley en la sociedad o en el Gobierno.<sup>135</sup> Es curioso que en ésta última encontramos de nuevo la contraposición liberal entre Estado y Sociedad, pero esta regla no se cumple en las normas supranacionales, porque éstas son normas de la Sociedad (y de una sociedad peculiar, que cuenta con sujetos privados pero no es interna, sino que existe a nivel supraestatal). Pero al tiempo que son normas de la Sociedad y no de ningún gobierno, también es cierto que inciden en ámbitos materialmente de Derecho público. Más interesantes son los criterios del objeto, el interés y el fin, a los que volveré enseguida.

Toda esta concepción es reevaluada con la crisis de finales del S. XIX y el surgimiento de un *tertium genus*, el Derecho social, tal y como lo llama GIERKE, aunque hoy en día triunfa la denominación de Derecho económico. Aunque persisten intentos de situarlo entre el Derecho público y el privado, lo que ha sucedido en realidad es que el surgimiento de nuevos cuerpos jurídicos como el Derecho del trabajo, el Derecho de la Seguridad Social o el Derecho agrario, por un lado, y el crecimiento

---

<sup>134</sup> DE CASTRO (1955:83).

<sup>135</sup> COLMEIRO (1875:34), “67.—*Por razón del objeto, porque así como las leyes civiles versan sobre materias de interés privado, las administrativas miran á las cosas de interés público: ad statum rei publicae spectant.*

*Por razón del fin inmediato, porque el derecho civil busca el bien general en el particular, mientras el Derecho administrativo labra la dicha del individuo procurando la ventura común. Y por razón de los medios, pues la aplicación de la ley civil, está encomendada á una magistratura independiente, poder distinto del legislativo y del ejecutivo, en tanto que el Derecho administrativo emana en su mayor parte de la administración, y ella misma cuida de la observancia de sus disposiciones.*

*Otra diferencia notable se advierte entre ambos derechos procedente de la base en que estriban unas y otras leyes. Fúndanse las civiles en la justicia universal; y como descansan en principios de eterna verdad, á pesar de la distancia de los lugares y la sucesión de los tiempos, subsisten en la esencia sus principales aplicaciones. El Derecho administrativo reconoce por fundamento la equidad, de donde nace que sea en sumo grado variable. De suerte que el derecho civil es, por decirlo así, preexistente ó posterior á los códigos; y el Derecho administrativo creación de la ley, y por tanto positivo ó arbitrario. En el derecho civil predominan las reglas admitidas como justas y obligatorias aparte de toda sanción pública, y necesarias como una consecuencia de la sociedad (jus); y en el Derecho administrativo las reglas convencionales que el Gobierno establece por su voluntad expresa dentro de ciertos límites discrecionales (lex).”.*

del intervencionismo estatal, por otro, han afectado a ambas ramas del ordenamiento haciendo muy difícil su distinción.

En la doctrina actual, hay que partir de la unidad del ordenamiento jurídico. Dentro de ésta, las doctrinas dualistas, hoy mayoritarias, siguen planteando criterios de distinción, pero nunca satisfactorios. Para el clásico de la naturaleza del fin jurídico o interés protegido, que es el que tiene fundamento en el texto del Digesto, el Derecho público tutelaría los intereses generales, y el Derecho privado los particulares. Pero esta contraposición es ficticia, porque el interés general no es más que una suma de los individuales (CASTÁN) y porque todo el Derecho sirve al interés general, y no una sola rama (FERRARA).

El criterio de la patrimonialidad reduce el Derecho privado a la tutela de intereses patrimoniales, cuando también defiende intereses personales (Derecho de familia), y el propio Derecho público también tiene infinidad de normas de contenido patrimonial (e.g. tributos). El criterio de la forma de protección que atribuye la acción pública al Derecho público y la acción privada o rogada al privado es eminentemente falso, porque es consecuencia y no causa de la distinción y además ambas acciones coexisten en ambos derechos. El criterio de la función de la norma considera que las normas de Derecho público son imperativas o inderogables y las de Derecho privado derogables o dispositivas (GINER DE LOS RÍOS), pero de ambas normas también hay ejemplos en ambos ordenamientos.

Por último, el criterio del sujeto afirma ambas ramas se distinguen por la posición del sujeto en la relación jurídica: será Derecho público cuando el sujeto público actúa investido de imperium, y privado aquel que regula las relaciones entre los sujetos o de los sujetos con el Estado que actúa como persona jurídica privada. Esta distinción es la más aceptada, pero sigue siendo imperfecta: dice DE CASTRO que toda norma implica intervención legislativa del Estado, y que estas distinciones no hacen más que enfrentar artificialmente a Estado e individuo.

No obstante, menos aceptación aún han tenido el resto de las teorías. Las pluralistas propugnan que la división del Derecho en público y privado es insuficiente, pero en la práctica resulta la más sincrética. Las relativistas consideran que la división es imprecisa y variable, y por lo tanto prescindible, pero sigue teniendo una utilidad en el Derecho de hoy. Y, por último, las negativas directamente rechazan la distinción. Esta Desde un punto de vista positivista, KELSEN cree que ambos Derechos pertenecen a la unidad del Sistema, siendo creación del Estado. Pero también se ha argumentado desde el punto de vista de las ideologías totalitarias, que devalúan el Derecho privado para someterlo todo al poder público fundándose en la ausencia de distinción entre Derecho



individual, social y del Estado (LANGE, CARL SCHMITT) o en que todo lo que pertenece a la economía es materia de Derecho público y no privado (LENIN, GSOVSKY)<sup>136</sup>.

En la actualidad predominan las teorías dualistas, pero partiendo de la unidad del ordenamiento jurídico. En España DE CASTRO ha dicho que la distinción tiene una utilidad funcional, pero sin constituir dos sistemas separados. En su concepción, dos grandes principios rigen el Derecho, el de personalidad –que no individualismo, dirá DÍEZ-PICAZO- y el de comunidad, que presiden los conjuntos normativos de Derecho privado y público, respectivamente. Ambos deben cooperar y traducirse en la realidad jurídica en armonía, y no negar uno de los dos, como pretendían las teorías negativas. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ GIL dice que Derecho público y privado son dos categorías como lo son individuo y comunidad, no antitéticas, sino dos aspectos o momentos de un solo concepto. También CASTÁN observa que ambos sistemas están en constante relación pero se distinguen y tienen una aplicación práctica en nuestro lenguaje jurídico, no siempre exacto (personas jurídicas públicas y privadas, bienes de dominio público o privado, aguas públicas o privadas, servidumbres públicas o privadas, documentos públicos y privados, acciones públicas y privadas...). GARCÍA DE ENTERRÍA dirá que el Derecho administrativo es un Derecho público, porque es el Derecho estatutario de las Administraciones Públicas, la personificación jurídico-pública del Estado. En cualquier caso la teoría dualista es hoy predominante en el Derecho de España<sup>137</sup>.

En el Derecho español actual, el estudio de referencia sobre la distinción es sin lugar a dudas el elaborado por VELASCO CABALLERO, en el que, tras una análisis pormenorizado de la evolución de la distinción, propone una definición alternativa para los conceptos de Derecho público y Derecho privado. Sería Derecho Público aquel en el que es la Administración quien se encarga de aplicar las normas de ese sector del ordenamiento, y Derecho privado aquél en el que se confía el cumplimiento de las normas a los jueces. Entre medias, habría toda una gama de grises, en los que Administración y jueces ostentan diferentes competencias sobre las mismas normas, que por tanto tienen un aspecto de ambos mundos, Derecho público y privado<sup>138</sup>.

Con todo, esta teoría no podría ser fácilmente trasladada a las normas supranacionales, porque muy raramente serán éstas aplicadas por la Administración, pero sin embargo seguirán invadiendo ámbitos regulatorios de Derecho público, y les deberán ser exigibles muchas garantías propias del Derecho público y sus procedimientos (motivación, *audiatur alteram partem*, etc). Pero si las normas

---

<sup>136</sup> DE CASTRO (1955:97).

<sup>137</sup> Vid. DE CASTRO (1955:), CASTÁN (1986:) y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011:).

<sup>138</sup> VELASCO CABALLERO (2009:101).

supranacionales no dejan de ser aplicadas por sujetos privados, entonces, ¿cómo pueden ser Derecho público? La respuesta a esta pregunta, lo veremos más adelante, es la hibridación. Este fenómeno consiste, ni más ni menos, que en la mixtura de elementos de Derecho privado y público, de manera que no es posible distinguir plenamente el fenómeno del pluralismo global dentro de una u otra categoría. Así, el ejercicio de una potestad pública (fundamentalmente, la normativa) por parte de entidades privadas nos lleva a un orden jurídico híbrido en el que se han superado las barreras de la distinción. Este es el entorno conceptual en el que vamos a movernos todo el Trabajo.

## 9. El ciudadano-administrado. Derechos de los ciudadanos.

Una vez definido el Derecho administrativo y el conjunto del Derecho público, surgen multitud de temas que tratar a propósito de sus principios. La relación entre la Administración y la legislación y su articulación por el principio de legalidad administrativo, ya sea por vinculación positiva o negativa, las potestades regladas y discrecionales y sus sistemas de control, o la relación de la Administración con la jurisdicción u el principio de autotutela, son sólo los ejemplos más importantes. Estas cuestiones, sin embargo, irán surgiendo cuando analice la aplicación de normas supranacionales concretas. Se puede adelantar ya, por ejemplo, que el principio de legalidad por vinculación positiva es difícil de mantener, y que la realidad de la actuación administrativa y su convivencia con fenómenos normativos nuevos van a decantar la balanza hacia la vinculación negativa y la discrecionalidad de la Administración. El control de su actividad por los principios generales alcanzará entonces una importancia renovada, al perder rigidez -pero no vigencia- el sometimiento a la Ley. Por otro lado, la actualidad de estos principios está en cuestión desde el momento en que el Derecho administrativo ya no concebido como estatutario, sino que se transforma en un Derecho *relacional* en el que se requiere una Administración mucho más flexible, capaz de adaptarse a las necesidades de los ciudadanos. Ya no va a ser tan necesario centrar el Derecho administrativo en controlar y habilitar a la Administración, sino en dar cabida a la participación de los ciudadanos y en la aplicación de los principios generales del Derecho a la relación jurídica que mantienen. Esa participación, que llega al extremo de reconocer las normas de Derecho público creadas por los propios ciudadanos, reforzará su posición ante la Administración, pero tampoco debe olvidarse que ésta va a seguir ostentando privilegios y una posición superior a la del administrado. El control de la Administración seguirá siendo necesario, pero su posición privilegiada se atenuará.

A lo que sí voy a dedicarle tiempo ahora es al concepto de ciudadano. En realidad, como con el resto de conceptos jurídicos del Derecho público, tan intrincado siempre en la Historia y la Filosofía Política, hace falta perseguir al ciudadano a lo largo de su desarrollo diacrónico para encontrar al ciudadano de hoy. Ni que decir tiene que en este proceso hay varios cambios de nomenclatura, y que el ciudadano en el sentido actual es una creación reciente: pero es el producto de un complejo proceso difícil de desentrañar, y en el que yo aquí sólo puedo aportar algunas opiniones personales de cómo el sujeto al Poder del Estado ha evolucionado mediante un proceso racional.

Primero de todo, hay que explicar qué hacemos aquí, en qué punto estamos. Arriba he insistido en que el Derecho administrativo moderno debe definirse como *relacional* y no como meramente material u objetivo, negativo o estatutario. Eso implica, por lo tanto, que habrá una relación jurídica entre dos partes, la Administración, por un lado, y el ciudadano, por otro<sup>139</sup>. Tampoco es casualidad el orden que he seguido. El primer problema a abordar era el sustrato material del problema jurídico: la Administración. Conocidos los fundamentos históricos de ésta, había que investigar el nacimiento del Derecho administrativo, que sitúa al *gubernaculum* como centro de su estudio, primero según un criterio material, después negativo y después estatutario. El Derecho administrativo, eso es obvio, es producto de un intento de regular la Administración Pública, y no la relación de ésta con los ciudadanos, que sólo se convierte en protagonista mucho más tarde. Pues bien, ahora corresponde al Derecho administrativo estudiar al ciudadano como el otro interlocutor, tanto del Estado en el Derecho público general, como de la Administración en el Derecho administrativo. El actual ciudadano ha sido antes súbdito respecto del Estado y administrado respecto de la Administración pública; es interesado respecto de aquellos procedimientos en los que ostenta un interés legítimo y tercero en los demás. Pero es el ciudadano, visto como un todo, un absoluto, una idea jurídica completa en sí misma, el que es parte en la relación jurídica con el Estado, y como consecuencia con la Administración, independientemente de las diferentes posiciones jurídicas que pueda adoptar en cada momento. La relevancia de esta relación en el tema de estudio hay que buscarla por dos vías: por un lado, porque el tema se desarrolla en un contexto en el que el ciudadano adopta un papel activo, y por lo tanto es necesario estudiarlo, pero no como mero sujeto que padece el Derecho administrativo, sino como parte de la relación jurídica que esta disciplina estudia. Y en segundo lugar, a consecuencia de lo anterior, veremos cómo el ciudadano adopta un papel de autor en la elaboración de las normas supranacionales fuera de su relación con el Estado, es decir, a nivel supranacional, y especialmente

---

<sup>139</sup> Por cierto que, en virtud de esta relación, creo que sería preferible emplear las mayúsculas en ambos términos, Administración y Ciudadanos.

lo hará un tipo nuevo de ciudadano, que estudiaré junto con el concepto de normas supranacionales en la segunda sección de este trabajo: el ciudadano corporativo.

Comencemos primero por aclarar qué define a la institución “relación jurídica”<sup>140</sup>. la define ALBALADEJO como aquella situación en que se encuentran varias personas entre sí regulada orgánicamente por el Derecho, partiendo de un principio básico. Para CASTÁN es una relación de la vida práctica (o realidad social) a la que el Derecho da significado jurídico, imponiendo deberes a ciertas personas en provecho de otras, que como derecho pueden exigir su cumplimiento. Ha sido DE CASTRO quien ha construido un concepto de relación jurídica fundamentado en los principios jurídicos, y la define como la situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico.

La relación jurídica es un concepto moderno, y bastante complejo, que ha generado importantes divergencias doctrinales. Sus precedentes pueden encontrarse en la noción romana de *obligatio* y en la medieval de *relatio*. La relación obligatoria en Roma nació como una sumisión física del deudor al acreedor, que se fue espiritualizando progresivamente. El Derecho común remite toda acción (*actio*) a un derecho, y así nace el concepto de derecho subjetivo. Esta configuración del sistema jurídico como conjunto de derechos subjetivos llega a su máximo apogeo en con el racionalismo liberal del siglo XVIII.

La elaboración del concepto de relación jurídica se debe a los PANDECTISTAS, que la contrapusieron a la noción absolutista del derecho subjetivo. SAVIGNY, en una reacción conservadora frente a esta tendencia, es el autor del concepto de relación jurídica, cuya función es situar los derechos subjetivos e innatos en un marco en el que desarrollen sus efectos políticos, y por lo tanto limitarlos. Dice el genial autor alemán que nuestras relaciones más importantes con el mundo son las que nos ligan a seres de la misma naturaleza y del mismo destino. La relación jurídica se define como “una relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada uno un dominio en el que su voluntad reina independientemente de otra voluntad extraña”. La relación jurídica es por tanto una regla de organización, razón por la cual se ha dicho que tiene “naturaleza orgánica”.

CASTÁN esquematiza todas estas clasificaciones en tres elementos. El elemento subjetivo siempre se compone de dos partes: un sujeto activo que es el pretensor o titular del derecho y el

---

<sup>140</sup> Vid. CASTÁN (1986), ALBALADEJO (2013) y sobre todo DE CASTRO (1955).

sujeto pasivo, que al contrario de lo que el término sugiere puede implicar una actitud activa, pero que en todo caso es el deudor u obligado, según los casos.

El elemento objetivo es la materia de la relación jurídica, compuesto por el derecho y la obligación correlativa de la relación, y se compone de los actos humanos y las cosas del mundo exterior, materiales e inmateriales. Para DÍEZ-PICAZO, toda relación jurídica tiene como contenido una posición de poder y otra de deber. El poder jurídico otorga la facultad de exigir la satisfacción de una voluntad o imponer determinadas consecuencias jurídicas. Paradigmáticamente es un derecho subjetivo, es decir, una situación de poder jurídico institucionalizada por el ordenamiento, pero puede consistir también en una potestad, que es un poder jurídico atribuido a la persona para la defensa de los intereses de otras (potestad paterna) o una facultad, que es una posibilidad de actuación que se atribuye a la persona como contenido de un derecho subjetivo más amplio o sin relación con ningún derecho (facultad modificativa del estado civil). Como deber jurídico es la necesidad en que se encuentra la persona que debe adoptar una determinada conducta por prescripción del sistema jurídico, y su incumplimiento derivaría en responsabilidad.

El elemento causal son los hechos jurídicos, que son los que dan sentido jurídico a la relación, creando el vínculo del derecho y el deber. ESPÍN, y antes que él FERRARA, puntualizan que no todo hecho jurídico da lugar a una relación jurídica, sino que a veces simplemente dan lugar a una situación jurídica, como explicaré después. Así por ejemplo el nacimiento de una persona con la personalidad jurídica.

Pues bien, hasta aquí la teoría general de la relación jurídica. Esta institución, ya profundamente arraigada en el Derecho moderno y de indudable tinte conservador nos permitirá sin embargo comprender la posición del ciudadano respecto del Estado, y no sólo eso, sino el conjunto del concepto de Derecho administrativo global que como ya sabemos se mueve en el Derecho contemporáneo entorno al ciudadano y sus relaciones con los titulares del poder público, es decir, la Administración y las entidades supranacionales. Ahora bien, antes queremos mostrar como el concepto de ciudadanía ha evolucionado desde el Derecho romano, para que comprendamos cómo, a pesar de ostentar un sólo nombre, “ciudadano” no significa lo mismo allí donde éste ostenta una vinculación con el Estado -y especialmente cuando ésta se vertebra a través del territorio-, que en aquellos órdenes jurídicos donde el Estado y su dimensión territorial no están presentes, como fue el Derecho romano, y como es también el Derecho global.

## *EXCURSUS I* sobre el concepto de ciudadanía en Roma y su relación con la *res publica*.

En primer lugar, es necesario aclarar que el siguiente excursus debate el concepto jurídico de ciudadanía en Derecho romano frente al actual, y lo que de él se deriva en cuanto a la existencia del Estado. Por lo tanto, hay aquí dos debates en uno. Por un lado, la existencia (inexistencia más bien) del Estado en Roma; por otro, la naturaleza de la ciudadanía romana. Y hay una tercera derivada, que es la perspectiva que estoy utilizando. Respecto de esto último, hay que aclarar que me muevo ahora en el plano constitucional de la relación Estado-ciudadano, para pasar luego a la relación ciudadano-administración, que es un subconcepto de la anterior. La formación del concepto de ciudadanía nos servirá para entender su contraste con su alter ego histórico, la ciudadanía romana, de quien donde se tomó el concepto en el siglo XVIII y especialmente en la Revolución Francesa. Pero la aplicación de la ciudadanía en el Estado Liberal nunca sería igual que en el Derecho romano, no podía serlo: sólo podía ser lo que fue, un gran avance respecto del sustrato del suelo jurídico previo, del firme<sup>141</sup> jurídico por así decirlo: el súbdito. Veamos.

En mi opinión, los hechos históricos niegan por sí solos la existencia, empírica o ideal, de un Estado romano en absoluto. El llamado por los modernos Estado romano, no fue nunca más que la agregación del pueblo romano y sus instituciones, como se parecía enfáticamente en el símbolo más importante de la historia de Roma, SPQR (*Senatus Populusque Romanus*). Así lo han considerado también ilustres latinistas: muy clara es la expresión de HACQUARD. El célebre latinista francés niega que en Roma existiera jamás un Estado en el sentido moderno, de manera que no se puede hacer equivaler el *populus romanus* a un Estado de ninguna manera<sup>142</sup>. Esto es totalmente lógico, si se mira bien: el Estado actual es un concepto heredado de la tradición jurídica germánica y del feudalismo como sistema político y jurídico, también económico, como antes explicamos. No en vano HEGEL ve en el Estado la realización del espíritu ético, a la par que eleva el espíritu del protestantismo germánico a la cúspide del proceso racional hacia el absoluto, asumiendo que la realización del espíritu ha sido inferior en todas las sociedades anteriores. De hecho, el hilo conductor de su *Filosofía de la Historia* es precisamente el análisis del nivel de realización ética en cada sociedad, que sólo alcanza su máximo grado en el protestantismo alemán, como si toda la Historia hubiese sido un movimiento racional hacia él. Al margen de las críticas evidentes que merece este

---

<sup>141</sup> Empleo el término firme (del lat. vulg. *firmis*, lat. *firmus*) en el sentido de: “3. m. Capa sólida de terreno, sobre la que se puede cimentar.” (Diccionario RAE, 23ª Ed.). Evidentemente, lo hago en sentido figurado. Es decir, el firme jurídico sería la institución jurídica previa sobre la que se construye la nueva; en este caso el firme sería el concepto de súbdito, y sobre él se construye el concepto de ciudadano, que se trae del conocimiento de Roma en el siglo XVIII (siempre idealiza en aquellos tiempos), pero que en la práctica, por el puro desenvolvimiento de la Historia del Derecho, como ha demostrado la dogmática histórico-jurídica, se parece más a su predecesor inmediato que a su referente clásico.

<sup>142</sup> HACQUARD, G.; J. DAUTRY; O. MAISANI (2003): *Guía de la Roma Antigua*, (4ª ED.), Madrid: Centro De Lingüística Aplicada Atenea.

planteamiento tendencioso, subyacen en él dos grandes certezas, como no podía ser menos en la genialidad supina del filósofo de Stuttgart: que el Estado no se desarrolló nunca en la Antigüedad, pues pertenece a un proceso histórico posterior, y que su origen es indudablemente germánico. De la bondad absoluta e imperenne del Estado que preconiza el autor de la *Fenomenología del Espíritu* cabe dudar, de la misma forma que hay que negar contundentemente la supuesta invariable maldad estatal que han preconizado la mayoría de las ideologías socialistas. ELÍAS DÍAZ categorizó estos dos puntos de vista extremos en las expresiones razón de Estado y sinrazón de Estado, desmontando ambas hábilmente<sup>143</sup>.

Queda claro que Roma no fue jamás un Estado, ni mucho menos un Estado territorial que abarcara toda la extensión de sus dominios militares y políticos como lo vemos representado en los mapas de las obras escolares. Roma era exactamente SPQR, es decir el pueblo romano y sus instituciones, y singularmente el Senado. Roma no era capital de un Estado, sino una ciudad soberana que había ganado territorios mediante conquistas y pactos políticos, lo cual justifica la posición de éstas como provincias dominadas durante casi toda la historia de Roma. Lo que es más, Roma no era un Estado distinto de su ciudadanía, ni mucho menos se le puede aplicar el instituto de la personalidad jurídica, inexistente entonces, y también de origen germánico. Roma son sus ciudadanos y sus instituciones. Cuando CARACALLA concede la ciudadanía romana a todos los hombre libres en el año 212 en virtud del celeberrimo Edicto de Caracalla (*Constitutio Antoniniana*), se puede decir que Roma, literalmente, aumenta de tamaño. Porque Roma no es un Estado en el que el territorio sea un elemento constitutivo, como en los Estados modernos bajo el peso de la tradición jurídica germánica, que converge con la latina. Roma son sus ciudadanos, y su territorio es mero objeto de dominación política de hecho, es espacio geográfico sobre el que rige eficazmente el *imperium*. Así es, al menos, como considero que debe interpretarse el Derecho público romano.

De ahí la importancia de ser ciudadano romano: el ciudadano romano no tiene, como en el Derecho público moderno, una relación jurídica con el Estado (que no existe) que le reconoce la gama más amplia de derechos subjetivos políticos posible en dicho Estado. El ciudadano romano es Roma misma, y cuando adquiere la ciudadanía pasa a ser parte integrante de ésta. El ciudadano romano goza de un *status institucional* en tanto que ciudadano, del que se derivan *de iure* derechos y obligaciones. Estos derechos y obligaciones pueden resumirse en la expresión *cives et milites*, cuyo significado es por sí sólo suficientemente explícito: el ciudadano romano tiene una doble vertiente como sujeto civil y como soldado. Dichos derechos y obligaciones (desde los derechos de acceso a la Justicia del Pretor o la participación en la vida pública mediante el sistema de *cursus honorum*, hasta

---

<sup>143</sup> DÍAZ, E.(1984): De la maldad estatal y la soberanía popular, Madrid: Debate.

los deberes de participar en el ejército romano o en determinadas festividades religiosas) en un Estado moderno, se derivarían de la relación jurídica (llamada modernamente nacionalidad más que ciudadanía) que mantiene el ciudadano con el Estado. En Roma, sin embargo, estos derechos y obligaciones derivan directamente del status de ciudadano, porque el ciudadano es por esencia parte integrante de Roma. a propósito de esto, obsérvese que empleo el latinismo *status* para designar al ciudadano romano, que de hecho también dio origen a la palabra Estado, como explica muy bien JELLINEK<sup>144</sup>. La palabra *status* sirve en Roma para designar la posición jurídico-pública del ciudadano al igual que sirve para explicar la posición del Estado en el Derecho moderno, precisamente porque en el Derecho romano el ciudadano es institución en si mismo. El ciudadano romano es Estado, es decir, parte de él. Esta concepción podría extrapolarse también a Grecia: por eso precisamente observa el mismo JELLINEK que los griegos, para referirse unos a otros, mencionan el nombre de su polis, pero para hablar de entidades políticas extranjeras no se refieren ni a una entidad territorial ni a una institución, sino a su pueblo: *los egipcios, los persas*. El pueblo, en la antigüedad, es el único elemento constitutivo de la comunidad política, no el territorio.

Esto explica por qué la adopción del concepto de ciudadanía por la Revolución Francesa nunca podía dar un resultado igual al del Derecho romano. El concepto romano de ciudadanía-institución no era reproducible en el Derecho liberal europeo, que es hijo de la mixtura medieval entre el Derecho romano y el germánico y en el que la noción de Estado ya estaba formada, y su personalidad jurídica a punto de consagrarse. La ciudadanía del Estado liberal tendrá siempre como referente histórico remoto al ciudadano romano, eso sin duda. Pero su auténtica genealogía hay que conectarla con el concepto de súbdito, que es la posición del individuo frente al Estado en el absolutismo, heredero a su vez del súbdito feudal, que tenía una sujeción personal al Señor, al Rey en caso de su relación protoestatal. La relación jurídica Señor-súbdito se convierte progresivamente en Rey-súbdito a medida que la Monarquía va concentrando el poder nobiliario, hasta que cristaliza en el siglo XVIII en la auténtica relación Estado-súbdito, cuando el titular del Poder Público se objetiviza y va perdiendo la fuerza de su carácter personal. Esta relación será heredada por el Estado liberal, quien hará evolucionar el concepto de súbdito dentro de la relación hacia un sujeto de derechos, y no sólo de deberes respecto del Estado. Y en definitiva es en la relación jurídica personal entre Señor y súbdito en la que hay que ver el origen de la posición formal de la ciudadanía moderna, que es una relación jurídica con el Estado. La ciudadanía moderna es por tanto una ciudadanía-estado civil (el estado civil de nacionalidad), que da origen a una relación jurídica con el Estado en la que tenemos derechos y deberes, acaso análogos a los del ciudadano romano, pero que nos sitúa en una posición jurídico-pública completamente diferente a la de

---

<sup>144</sup> JELLINEK (2005:197).



aquéllos. Esto es exactamente lo que quiere decir KELSEN cuando define la ciudadanía o nacionalidad como un status, cuya adquisición y pérdida se encuentran reguladas por el Derecho nacional el Derecho internacional, y que el Derecho nacional hace de este status condición de ciertos deberes y derechos<sup>145</sup>.

Hasta aquí la vertiente constitucional del problema. Pero el ciudadano también debe analizarse desde el punto de vista de su relación con la Administración: esta era, al fin y al cabo, la definición misma que queríamos darle a la disciplina. El súbdito del Estado absoluto lo era en cualquiera de sus relaciones con el Estado, y por lo tanto era igual de súbdito en relaciones de Derecho constitucional que en aquellas de Derecho administrativo. Con la llegada del Estado liberal, el súbdito alcanza el status de ciudadano, sí, pero el gran logro se produce en el plano constitucional, y aún así será complejo y lleno de altibajos. Pues bien, en el ámbito administrativo, el ciudadano es reconocido, pero en realidad sometido a las potestades exorbitantes de la Administración (es decir, sus privilegios), y no sólo en los Estados del *Monarchprinzip*. A este ciudadano se le denomina, casi con despecho, administrado. Esta es una realidad que no se puede perder de vista. La autoafirmación del ciudadano frente a la Administración se produce sólo muy recientemente, y probablemente aún no se haya completado. En todo caso, la evolución de la posición del ciudadano-administrado se ha producido tradicionalmente en el plano del control a la Administración, tanto mediante su sujeción al principio de legalidad, como posteriormente por un control judicial exigente, que en España sólo entra a través de la Ley SANTAMARÍA DE PAREDES de 1888.

El concepto de administrado tiene mucho que ver también con las relaciones de sujeción general y especial, desarrolladas en la doctrina iuspublicista alemana decimonónica, especialmente LABAND y MAYER, y que fue estudiada entre nosotros por GALLEGO ANABITARTE en un artículo ya citado más arriba<sup>146</sup>. Este trabajo fue pionero en España en su tratamiento de las relaciones de sujeción como respetuosas con los principios del Estado de Derecho, especialmente con el principio de legalidad de la administración.

Según GARCÍA DE ENTERRÍA, administrado es cualquier persona física o jurídica considerada desde su posición privada respecto a la Administración pública o sus agentes. Para SANTAMARÍA PASTOR, también pueden serlo incluso organizaciones sin personalidad jurídica (con las que la Administración puede llegar a contratar o ser obligados tributarios, vid. art. 35.4 LGT). No incluimos en este concepto las relaciones entre administraciones ni las relaciones entre

---

<sup>145</sup> KELSEN (1979:278).

<sup>146</sup> GALLEGO ANABITARTE (1969).

sujetos privados reguladas por el Derecho público (aunque la Administración siempre queda latente de fondo: es el caso generalmente de obligaciones tributarias como las de retención)<sup>147</sup>.

En realidad, el propio término “administrado” es polémico e inexacto. Es participio pasivo del verbo administrar, lo que sugiere una posición pasiva del sujeto que soporta la acción de la Administración. Esta era exactamente la situación en el absolutismo, donde todos los sujetos (súbditos) estaban sometidos al Poder del Monarca, y sólo podían ser sujetos de obligaciones y deberes. Con la ruptura con esta concepción en la Revolución Francesa los súbditos, como se dice en un famoso adagio, pasan a ser ciudadanos. Esta nueva posición, la de ciudadano, tiene una doble vertiente: la pública, por la que el fundamento del Poder mismo reside en la voluntad de la comunidad política que los ciudadanos constituyen; y la privada, por la que el ciudadano, en su relación con la Administración es titular de obligaciones, pero también de derechos frente a ella. El ciudadano no es sólo sujeto pasivo, sino también activo frente a la Administración.

El término ciudadano es el admitido por las nuevas normas administrativas con carácter general (especialmente, la LRJ-PAC), aunque también el término administrado sigue teniendo aceptación (por ejemplo, en la propia LRJ-PAC, art. 137.3). Otra vía argumental ha sido distinguir entre el concepto de ciudadano, que se aplicaría a los nacionales que disfrutaban de la plenitud de sus derechos, y otro de administrado, que se aplicaría a los extranjeros. Pero de hecho, como recuerdan los autores del *Curso*, los extranjeros disfrutaban de un elenco de derechos tan amplio ex arts. 13.2 CE y 27 CC (entre otros muchos), que resulta imposible limitarlos a una relación meramente pasiva con la Administración.

Esta contraposición Administración-administrado (o, en un sentido político, Estado-ciudadano) es la más simple posible, y en la que nos situamos todos los ciudadanos a priori ex art. 14 CE. En efecto, el derecho de igualdad es el centro de la teoría del administrado. Pero aún puede complicarse en situaciones cualificadas, cuando nos liga a la Administración una relación especial.

La categoría de administrado simple es, como he dicho, la sujeción general de los ciudadanos al poder público, que LABAND y MAYER calificaban como relación general de poder o de supremacía general de la Administración y de relación general de sujeción del ciudadano. Se caracteriza por constituir un conjunto de situaciones pasivas del administrado, que tiene que soportar las potestades de la Administración, pero también activas (por ejemplo, el derecho al justiprecio en la expropiación), lo que finalmente convierte esta relación en un entramado de

---

<sup>147</sup> En lo que sigue, vid especialmente GALLEGO ANABITARTE (1969), GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011) y SANTAMARÍA PASTOR (1991).

posiciones que no puede explicarse como una sola relación de sujeción. No incluye esta relación, en ningún caso, a la persona física titular del órgano en cuanto a tal, sino sólo a los sujetos de sus decisiones.

La categoría de administrado cualificado es la sujeción a la Administración por un título específico que da lugar a un status especial –pero nunca general, como en los estamentos del Antiguo Régimen-, de manera que ese sujeto en concreto es destinatario, a los efectos de esa posición, de un ordenamiento seccional, en la expresión de la doctrina italiana. GARCÍA DE ENTERRÍA propone como ejemplo la cualidad de interesado o parte en un procedimiento administrativo.

Esta categoría, llevada a su máxima expresión, es la que la doctrina alemana atribuía a aquellos administrados insertos a una organización administrativa: enfermos de hospitales públicos, escolares, funcionarios, militares, presos... MAYER la calificaba de relación especial de poder o supremacía o –en la expresión más reproducida en nuestra doctrina- relación de sujeción especial. Según este autor, implicaría un estado de “libertad restringida” impuesta por los poderes de autoorganización de la Administración, que la facultarían para someter al sujeto a una disciplina especial, incluso eludiendo la cobertura de la Ley. SANTAMARÍA PASTOR critica la ambigüedad de esta posición, que se define de forma meramente negativa, permitiendo extraer de la relación general a la especial tantas como se desee. En realidad, no fue más que un artificio creado por el propio MAYER para excluir la relación especial de la reserva de Ley.

Aunque esta metodología argumental ha tenido predicamento en nuestra doctrina y ha logrado grandes éxitos en la posición de los ciudadanos ante la Administración, obviamente no es admisible como tal a la vista de la Constitución (vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales ex art. 53.1 CE, principio de legalidad de la Administración, ex art. 103). La teoría de las relaciones de sujeción ha sido un logro de altas cotas dogmáticas, pero en la actualidad todo status jurídico público del individuo debe derivarse de la Constitución, y ese status es el de ciudadano. Todo ello sin perjuicio de que se reconozca un ámbito mayor a la potestad reglamentaria en los casos de Reglamentos de organización, o que se deriven ciertos poderes implícitos de la Ley, propios de la mayor flexibilidad que requiere el derecho de organización (porque el contacto de la Administración en las relaciones especiales es mayor, y más difícil de regular: por eso se ha defendido también la vinculación negativa en este contexto).

La pertinencia de toda la teoría expuesta se justifica precisamente en el carácter esencial de la posición del ciudadano para entender la legitimidad de las fuentes del Derecho, y por ende la

legitimidad de las normas privadas supranacionales de Derecho público. Veamos. Sabemos ya que en el contexto del Estado territorial, el ciudadano, que es mero titular de un estado civil del que se derivan derechos y obligaciones, puede incidir en la elaboración de normas públicas de dos formas: a través de la participación, que es la principal, y en defecto de ésta a través de sus actos privados, sobre todo consuetudinariamente. Al primero de los fenómenos podemos calificarlo como ciudadanía-participación. Pero en el contexto internacional no existe, como no existía en Roma, un Estado con personalidad jurídica, ni son los ciudadanos de los Estados sujetos del Derecho internacional público.

La participación del ciudadano en este caso es meramente de hecho, y su posición es mucho más similar a la del ciudadano-institución, aunque con una gran diferencia: el ciudadano en el ordenamiento internacional no constituye nada, porque no hay entidad que pueda constituir. Sin embargo, su actividad de hecho genera normas supranacionales, que le son potencialmente aplicables dentro de su Estado territorial, donde es mero ciudadano-participante. Por lo tanto, la ciudadanía-institución es un modelo sugerente para justificar cómo se le deben aplicar las normas que genera, pero no suficiente: no hay pueblo constituido con instituciones comunes en la sociedad internacional, especialmente entre aquellas entidades distintas de los Estados, que son diversísimas (públicas unas, privadas otras) y que son el meollo de la creación de normas supranacionales. Por lo tanto, el ciudadano a nivel supranacional necesitará su propia construcción, diferente tanto del ciudadano-institución como del ciudadano-participante. Para dar respuesta a este vacío existente en todo el Derecho público (internacional, constitucional y administrativo) construiré el concepto del ciudadano corporativo, pero eso será en un capítulo posterior del presente estudio.

#### 10. Nación, Pueblo y titularidad parlamentaria de la potestad legislativa.

Decíamos más arriba que el pueblo es, junto con el territorio, uno de los elementos materiales definatorios del concepto de Estado, que se sumaban a la soberanía, que sería el elemento formal, asumiendo siempre el planteamiento de JELLINEK. Asumir este planteamiento ha sido una exigencia metodológica. No es el objetivo de el presente trabajo formar un concepto de Estado, sino tomarlo en su formulación clásica, como presupuesto, junto con otros conceptos e instituciones básicas, para formar ciertos conceptos de fuentes del Derecho más actuales. Sin embargo, también está siendo necesario, y lo será aún más en epígrafes posteriores de este trabajo, presentar la crítica a estos conceptos clásicos. La razón es evidente: si no hubiese crítica posible a las instituciones jurídicas formadas en los siglos XVIII y XIX, y éstas permanecieran incólumes, significaría que

tanto la realidad jurídica como la extrajurídica que regulan no habrían cambiado, con lo cuál se negaría toda una serie de cambios jurídico-políticos gigantescos que se han producido en el siglo XX y continúan en el XXI, y con ellos la propia existencia de los modernos conceptos que pretendo formar.

Evidentemente, esos cambios se han producido, y por eso aparecen conceptos antes impensables: Derecho administrativo Internacional, normas de Derecho público con eficacia transnacional o normas privadas de Derecho público son algunos de ellos. Son estos -y algunos otros- los conceptos que pretendo formar. Pero también he aclarado desde el principio que los cambios jurídico-políticos de los que hablo no pasan por la desaparición de los conceptos tradicionales (desde luego no a día de hoy). El problema es más su deformación en cuanto a su contenido, la difuminación de sus límites con otros, y sobre todo su pérdida de poder normativo, aún permaneciendo en una posición preponderante en el Derecho. El pueblo-nación soberano, el Estado que constituía y la potestad legislativa que ostentaba, ostentaron tradicionalmente el monopolio de la normación dentro del territorio.

Pero en la actualidad este fenómeno convive con otros: normas dispersas y diversas entre sí, pero englobadas por una característica común: su formación y eficacia quedan al margen de todo concepto de territorio, lo que justifica su calificación de extraterritoriales o supraterritoriales. Ciertamente es que la supraterritorialidad de estas normas no es realmente un elemento *sustantivo* común a todas ellas, sino una *posición* común en contraposición a las normas territoriales del sistema de fuentes interno de los Estados soberanos, por lo que adelanto que va a ser difícil formar un concepto de normas supranacionales, porque en el proceso de abstracción para definir las por sus elementos comunes es cuestionable que esos elementos comunes existan. Pero no es el momento de entrar en ese debate: baste con dejarlo apuntado. Por ahora, hay que centrarse en la realidad predominante: el reinado de la normación por parte del pueblo-nación soberano a través de la potestad legislativa que ostenta, y que se proyecta sobre el territorio. Su carácter predominante deriva, desde luego, de dos factores: el predominio del Estado sobre cualquier otra forma de organización -a pesar de la pérdida de su monopolio- y la legitimidad democrática de estas normas.

Los tres elementos, pueblo, soberanía y territorio, conforman el Estado, y la potestad legislativa que deriva de la soberanía es la fuente de su *sistema jurídico* (lo que no quiere decir necesariamente, del total de sus normas, sino de las que integran el *sistema*). Su carácter de sistema de normas estatal y democráticamente legítimo consagra a la Ley emanada de la potestad legislativa (y constituyente, en su caso) en su posición privilegiada como *regina fontis*, y aún diría más, como *fons fontis*: el resto de normas, aunque existan en la realidad externa al sistema, y por mucha *fuerza*

*normativa de lo fáctico* que tengan, tendrán que someterse a los requisitos que la potestad legislativa haya impuesto para integrarse en él. La potestad legislativa soberana es Señora del sistema

Voy, muy brevemente, a describir los fundamentos de la potestad legislativa. Evidentemente, renuncio desde ahora formar los conceptos de Nación y Pueblo, si quiera a definirlos, porque entraría en una labor de unas dimensiones fuera del alcance de este trabajo, y que además no dejaría de ser recopilatorio. Es importante, sin embargo, enfatizar una vez más la posición del pueblo-nación soberano como fuente de la legitimidad de la Ley. La potestad legislativa es el poder más importante con el que cuenta el pueblo para ejercer su soberanía. La soberanía la ejerce el pueblo a través de sus órganos de representación, y dota a su producto legislativo, la Ley formal, de la máxima legitimidad del sistema<sup>148</sup>. Recordemos el artículo 66.2 de la Constitución, 2. *Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.* Aparte de la cláusula competencial abierta, y del control al Gobierno propio de un sistema parlamentario -ambas al margen del objeto de este trabajo- es evidente que el ejercicio de la potestad legislativa se relaciona con la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado.

No se trata, desde luego, de dos competencias concurrentes en el mismo órgano y sin conexión entre sí; muy al contrario, su relación es íntima, y está en el origen mismo de la formación del moderno Derecho público. La Ley, es decir, la fuente por antonomasia del poder normativo del pueblo soberano, puede abarcar cualquier contenido, aunque no sea propiamente un mandato general, sino un acto propiamente ejecutivo, como es la propia aprobación de los Presupuestos generales del Estado. El consentimiento a través de la Ley parlamentaria *formal* es ineludible, y no

---

<sup>148</sup> Desde ahora, la suprema legitimidad de la Ley formal en el sistema (a salvo la Constitución, como luego explicaré) va a ser un axioma irrenunciable del presente trabajo. La máxima legitimidad se obtiene en el Estado Democrático de Derecho mediante la decisión democrática, ejercitada mediante la representación, y cuanto más directa sea la relación de la norma con ese órgano (las Cortes Generales) mayor será su legitimidad en el sistema, por lo que la mayor legitimidad le corresponde a la Ley formal. Aunque examinando un problema distinto, creo que es sugerente el punto de vista que ha aportado MENÉNDEZ REXACH (1978). A lo largo de todo su estudio, centrado en la Jefatura del Estado, resulta evidente que cuanto más directa es la relación de la elección de ese cargo con la voluntad popular democráticamente expresada, más legitimado está el titular del cargo, al menos políticamente. Así, resulta que un Presidente de República democráticamente elegido crea tensiones habituales con su Parlamento, porque ostenta la misma legitimidad que éste (igual de directa), y esos conflictos invariablemente acaban cayendo del lado del Poder Ejecutivo. Sin embargo, cuando el cargo es nombrado por el propio Parlamento, sigue siendo legítimo democráticamente, porque ha sido elegido por un órgano democrático, pero su legitimidad es de menor grado, y además le debe su nombramiento al propio Parlamento, y por lo tanto, y a pesar de todas las garantías de su independencia que se instituyan, tendrá una actitud menos airada frente a aquél. Por último, algunas constituciones (singularmente, la Constitución española de 1931) buscaron mecanismos alternativos, como el nombramiento del Presidente por una Comisión delegada de las Cortes, para buscar un equilibrio entre la sumisión del Jefe del Estado al Parlamento y su enfrentamiento abierto con este órgano. Pero esta menor legitimidad del Jefe del Estado o, en su caso, del Gobierno frente a las Cortes, no redundan en una pérdida de calidad democrática, sino que en un sentido jurídico sigue siendo una opción plenamente legítima, y en un sentido práctico facilita la gobernabilidad y decanta las disputas a favor de las Cortes Generales, que son el auténtico órgano de representación popular. Pues bien, la misma lógica cabe para la Ley formal: no hay norma en el ordenamiento que rivalice con ella, salvo otra Ley formal y, naturalmente, la Constitución, que ostenta una posición superior en la jerarquía normativa en virtud del artículo 9.1 y 3 de la Constitución.

sirve sólo para hacer recaer la responsabilidad política de los Presupuestos en las Cortes Generales, como se pretendió en la Prusia del *Monarchprinzip*, sino para legitimar democráticamente su contenido a través de su *forma*, la Ley parlamentaria. Expliquemos esto detenidamente.

Se ha relatado mil veces en la doctrina la disputa entre el ejecutivo monárquico y el Parlamento en la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado de Prusia de 1865, y su posterior solución teórica, metodológicamente positivista y basada jurídicamente en la interpretación de la Constitución Prusiana de 1850. El artífice de esta solución fue, por supuesto, LABAND.

Detengámonos si quiera brevemente en la distinción entre Ley formal y Ley material, remitiéndonos en lo demás a quienes lo han hecho con mayor pericia<sup>149</sup> <sup>150</sup>. En los Estados del principio Monárquico (principalmente los alemanes, pero también en España cuando el régimen constitucional se fundamentó en aquel principio, particularmente en la Constitución de 1845, que es la gran obra legislativa de DONOSO-CORTÉS<sup>151</sup>, y en la de 1876, que lo fue de CÁNOVAS) la distribución del poder entre el Rey y las Cortes (Parlamento o *Bundestag*, según los casos) debe verse como meramente competencial, y no determinada por la naturaleza de las normas aprobadas. La distinción entre poder ejecutivo y potestad legislativa, residenciados respectivamente en el Rey y en las Cortes (esta última más bien, en las Cortes con el Rey en los sistemas del *Monarchprinzip*<sup>152</sup>) no debe trazarse en virtud de la naturaleza del ejercicio de su potestad en forma de actos o normas<sup>153</sup>, sino de la competencia de cada uno y del procedimiento que siguen para su aprobación. En otras palabras, como consecuencia de la doctrina de la separación de poderes, el poder ejecutivo asumiría las *funciones* que quedaban en manos del Rey y su Administración, y el poder legislativo aquellas en las que se consideraba que era necesaria la colaboración del Parlamento con el Rey, independientemente de su contenido de norma o acto. La competencia del Parlamento en estos

---

<sup>149</sup> El más reciente, RODRÍGUEZ BEREIJO (2016).

<sup>150</sup> En adelante, vid LABAND (1901:342 y ss.).

<sup>151</sup> MENÉNDEZ REXACH (1978:300).

<sup>152</sup> Para el caso español, *vid.* artículos 12 de la Constitución española de 1845 y 18 de la Constitución española de 1876.

<sup>153</sup> A las normas jurídicas en contraposición a los actos se refiere LABAND con la expresión *proposiciones jurídicas* (*propositions juridiques* en la traducción francesa que utilizo), y a los actos administrativos como disposiciones administrativas (*dispositions administratives* en la misma traducción). El carácter equívoco de este lenguaje es evidente, a la luz de la depuración del vocabulario administrativo actual, no sólo en castellano, y que pasa por avances como el estudio sobre la distinción entre norma y acto elaborado por ZANOBINI (en el que, paradójicamente, llega a la conclusión de que la distinción sólo tiene en realidad un fundamento de índole político-jurídica; sobre esto *vid.* el capítulo final de GARCÍA DE ENTERRÍA (1981). En adelante empleare la terminología norma (la más genérica, propia de la Teoría del Derecho, donde su distinción de los actos aplicativos y las sentencias judiciales tampoco está nada clara por cierto, pues también puede verse en ellos un puro contenido normativo, razonamiento caro al positivismo kelseniano) o disposición general (habitual hoy en Derecho administrativo español) frente a acto o acto administrativo.

sistemas abarca siempre, como es bien sabido, la potestad legislativa en aquello que afecte a los derechos de libertad y propiedad, competencia que por cierto está en el origen del concepto de reserva de Ley de MAYER. Pero el contenido de esa competencia puede ser tanto una disposición general como un acto. De esta forma, el Parlamento aprueba auténticos actos mediante el procedimiento legislativo. El producto del procedimiento legislativo, por supuesto, es siempre una Ley, pero esa Ley puede tener un contenido normativo de disposición general, en cuyo caso será Ley en sentido *material*, y tener como contenido un mero acto, en cuyo caso será sólo Ley en sentido *formal*.

En realidad, en el fondo de la distinción subyace una profunda crítica de LABAND a la separación de poderes y a nuestro concepto de poder legislativo, que pretende ostentar la Ley como garantía de la potestad legislativa parlamentaria. Sin embargo, calificar todas las decisiones procedimentalmente legislativas del Parlamento no alteraría su naturaleza de norma o acto. Dice el autor que *“sin embargo, en realidad, la palabra Ley designa, en este sentido, no una parte de los derechos que comprende el poder del Estado, sino una forma bajo la que se manifiesta la voluntad del Estado; poco importa el contenido de esta voluntad”*<sup>154</sup>. *“Por lo tanto, entre la Ley en sentido formal y la Ley en sentido material, no hay una relación de género a especie, ni de sentido restringido ni subordinado al sentido lato de la palabra; se trata de dos conceptos enteramente diferentes, que ostentan cada uno su propio carácter; el uno es el fondo, el otro la forma de una declaración de voluntad”*<sup>155</sup>. A toda esta construcción teórica hay que añadir la distinción del doble sentido, subjetivo y objetivo, que el autor ve en la palabra *legislación* (*Gesetzgebung*). En un sentido subjetivo, legislación designa el poder de publicar las normas o disposiciones generales (*prescriptions*) y equivaldría a la competencia. En un sentido objetivo, sería simplemente la recopilación legislativa que recoge las Leyes. Esta distinción no es baladí y resulta muy sugerente para el tema objeto de este estudio, porque habría que esclarecer si las normas supranacionales son realmente legislación en sentido subjetivo. Desde luego, son legislación, pero lo son en un sentido meramente extrasistémico. Este problema lo trataré más tarde.

Al examinar la Constitución Prusiana de 1850, LABAND distingue consecuentemente dos tipos diferentes de reservas de Ley: aquellas que establecen una reserva de Ley material y aquellas que establecen una mera reserva de Ley formal. La Constitución hablaba de la Ley en sentido material cuando se refería a la legislación de la Confederación o a la legislación de los Estados confederados. Sin embargo, la Constitución se refería al concepto de Ley formal cuando utilizaba el procedimiento legislativo para atribuir la forma de la Ley a ciertos actos de cualquier contenido, sin

---

<sup>154</sup> LABAND (1901:344). Traducción propia de la versión francesa.

<sup>155</sup> LABAND (1901:345). Traducción propia de la versión francesa.



que esto suponga realmente una competencia nueva para el Parlamento. No había muchos ejemplos de esta clase, sino más bien sólo dos. El primero era la reserva de Ley formal para la aprobación de la construcción de vías ferroviarias. El segundo ejemplo, el paradigmático, el que dio lugar a la teoría en una obra anterior del autor (*Das Budgetrecht*, de 1871<sup>156</sup>) es evidentemente el de los Presupuestos Generales del Estado. Tanto el episodio histórico como su justificación teórica son hitos de la historia del Derecho público.

Ya he dicho más arriba que es ocioso detenerme en este histórico suceso, que ha sido abordado mil veces por cálamos más diestros<sup>157</sup>. Sí que realizaré una observación, antes de continuar. Detrás del problema de la sujeción de determinados actos al procedimiento de la Ley formal había y hay un claro problema de legitimidad del órgano que los adopta. No se trata solamente, como parece pretender LABAND, de una regla de imposición de una fuente; sí que hay, al mismo tiempo, una regla de potestad y competencial, que es precisamente la de atribuir al órgano legislativo la potestad de adoptar un acto y la competencia de hacerlo conforme al procedimiento legislativo, el más garantista de cualquier Estado de Derecho moderno. El empleo de la Ley formal dota de legitimidad al acto con carácter general (al ser adoptado mediante la fuente de suprema legitimidad en el sistema, la Ley) y el seguimiento del procedimiento legislativo legitima el acto concreto que se adopta (procedimiento de legitimación, más garantista que la adopción de un acto por el Poder Ejecutivo o la Administración). No hay que olvidar esto, porque es esencial para el análisis que propongo en este trabajo. Sin embargo, el académico prusiano no ve este último punto, y de conformidad con los intereses de su Monarquía limitada, consiente y justifica jurídicamente que el Presupuesto Prusiano (o una ampliación de éste) sea aprobado por el Gobierno del Monarca sin la aprobación de su *Bundestag*. La aprobación parlamentaria tendría el relevantísimo efecto de hacer recaer la responsabilidad política del Presupuesto sobre el Parlamento (y por lo tanto sobre el pueblo), desplazando esta carga de los hombros del Gobierno, que quedaría políticamente irresponsable. Pero su efecto jurídico sería nulo. A falta de la aprobación parlamentaria, el Gobierno sería políticamente responsable de su propio presupuesto, pero éste tendría plena validez jurídica, pues su adopción es un mero acto administrativo para el que el Gobierno es competente.

Muy al contrario, hay que incidir decididamente en que la aprobación parlamentaria es necesaria para dotar de legitimidad al acto, lo que supone realmente la atribución al Parlamento de competencia sobre la aprobación de los Presupuestos Generales (aunque no sea competencia legislativa en sentido material, sino formal), que no puede ser confundido con cualquier otro acto

---

<sup>156</sup> Para la versión española, vid. LABAND, P. (2012): *Derecho Presupuestario*, Madrid: Tecnos.

<sup>157</sup> Insisto en la cita, una vez más: RODRÍGUEZ BEREIJO (2016).

administrativo, precisamente porque el Gobierno no tiene legitimidad suficiente por sí sólo para aprobar la asignación de ingresos y gastos del Estado sin la participación del órgano democrático. Esta es la posición común de los ordenamientos modernos en esta materia, y es por ende la que adopta el artículo 134.1 de la Constitución española de 1978.

Pero queda otra cuestión fundamental por examinar, y son los efectos de la Ley. Siendo una vez más consecuente con la distinción, LABAND divide los efectos en dos bloques: la autoridad formal y la autoridad material de la Ley. La autoridad formal de la Ley se define como el principio jurídico según el cual la materia regulada por Ley sólo puede ser derogada por otra Ley posterior, independientemente de su contenido material.

Evidentemente, este es el elemento central de la Ley formal. La autoridad formal de la Ley significa que sólo puede ser derogada por otra Ley, aprobada por el mismo órgano potente (es decir, con potestad) y competente y según el mismo procedimiento. Es decir, que sólo puede ser derogada por otra norma igual de legítima y legitimada. La consecuencia de la regulación por Ley es la “congelación” del contenido material, que no puede ser alterado por ninguna otra norma de inferior categoría (es decir, menor calidad de la legitimidad; pero la Ley es la norma de mayor legitimidad del sistema, Constitución al margen) o de la misma categoría que no haya seguido el mismo procedimiento (es decir, menor calidad de la legitimación; esto es lo que sucede en España con las Leyes orgánicas del artículo 81.1 y .2 de la Constitución respecto de las Leyes ordinarias). Este fenómeno se conoce en Derecho público como congelación de rango. Este fenómeno se produce además desde la publicación de la Ley, siendo independiente de su entrada en vigor, que sólo es relevante para determinar el momento en que se despliegan los efectos de su contenido material (es decir, la autoridad material).

Además, tampoco es posible que la propia Ley autorice a una norma de rango inferior a reformarla o detener su vigencia (cosa que sí admite LABAND<sup>158</sup>), si se aplican con pulcritud los principios del efecto formal de la Ley. Dicha autoridad formal de la Ley la convierte, en su sentido formal, en dueña y señora del ordenamiento jurídico. Esto es algo que ya dije antes, pero quiero recalcarlo: la Ley formal sana la legitimidad en introduce en el sistema cualquier contenido material, a salvo el control de constitucionalidad.

Los efectos materiales de la Ley son aquellos producidos por su aplicación, y por lo tanto se extienden a la propia diversidad de su contenido material posible, y sólo comienzan con su entrada en vigor. Su diversidad es evidente, y difícil de sistematizar. Siguiendo la cita clásica que recuerda el

---

<sup>158</sup> LABAND (1901:359).

autor prusiano, podemos decir con MODESTINO que *Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*. También podemos recordar por enésima vez el aforismo inglés según el cual la Ley del Parlamento lo puede todo menos convertir un hombre en mujer, y añadir, como ya es habitual que aún esto puede hacer ya hoy. DUGUIT criticó esta expresión como una manifestación del imperialismo jurídico, en la medida en que impide cualquier clase de acción contenciosa frente a la Ley, blindando su control judicial, incluso en su interpretación más purista, constitucional<sup>159</sup>. En el contexto del Imperio bismarckiano, como en todos los del principio monárquico, dichos efectos pivotan alrededor de los límites de los derechos de libertad y propiedad, con una visión siempre más restringida de la que se observa en los Estados Liberales coetáneos.

No es necesario sacar más conclusiones de la autoridad material de la Ley. La realidad es que el contenido de la Ley formal se impondrá, tanto si es una disposición general como si es un acto, en virtud de la validez y eficacia que se predica de toda norma jurídica, y máxime de la que mayor rango ostenta en el sistema. La autoridad formal, por lo tanto, es la auténtica autoridad de la Ley, hasta el punto de que puede identificarse a la Ley parlamentaria con la Ley en sentido formal. La Ley material puede ser de cualquier rango, y sólo su continente determina su posición en el sistema. Si su continente es la Ley formal, entonces ostentará la mayor posición del sistema, sólo subordinada a la Constitución.

En consecuencia, creo, siguiendo a VILLAR PALASÍ, que la Ley parlamentaria debe ser identificada solamente con la Ley formal, que es el producto válido y eficaz legítimo y legitimado por su aprobación por el órgano competente y el procedimiento correcto. Igual que se habla de Ley en sentido formal, podría hablarse de Reglamento en sentido formal, de Orden Ministerial en sentido formal o de costumbre en sentido formal. Ley material, por el contrario, será siempre la disposición general independientemente de su forma continente, una regulación general para el futuro<sup>160</sup>. En esta escala, todas las fuentes son legítimas, pero su legitimidad pierde viveza a medida

---

<sup>159</sup> En DUGUIT, L. (1916): *Las transformaciones del derecho público*, Madrid: Francisco Beltrán, La Ley, IV La crítica contenciosa de las Leyes.

<sup>160</sup> De acuerdo con esta interpretación que hago de la distinción alemana entre Ley formal-Ley material se pronuncia explícitamente VILLAR PALASÍ (1977:409 y ss). De hecho, el propio VILLAR PALASÍ, que escribe esta obra en la etapa preconstitucional, se refiere a las Leyes ordinarias en general como Leyes formales (en parte por oposición a las Leyes Fundamentales entonces vigentes). El concepto de Ley formal se definiría por tres rasgos externos: la firma del Jefe del Estado, el plusvalor [de legitimidad] sobre las restantes disposiciones y la inmunidad jurisdiccional y de responsabilidad patrimonial [hoy ya desfasadas por el control constitucional y la responsabilidad del Estado-Legislador]. Pues bien, seguiré al Profesor en esta nomenclatura, ya adaptada a nuestra realidad constitucional: las Leyes parlamentarias son ni más ni menos que las Leyes formales, independientemente de su contenido, y por tanto la fuente del Derecho de máxima legitimación en el sistema, la legitimación soberana, hoy además democrática. También en el mismo sentido, GALLEGO ANABITARTE (1961:35).

que descendemos de la Ley en sentido formal, y por lo tanto nos alejamos de la legitimidad directa de la soberanía popular<sup>161</sup>.

En definitiva las fuentes del Derecho en general tienen siempre un sentido formal que se caracteriza por la legitimidad de la fuente, de la que surgen normas válidas y eficaces legitimadas por un procedimiento reglado. El contenido de estas normas son siempre Leyes materiales en el sentido amplio del artículo 3.1 del Código Civil, es decir, disposiciones generales, que sólo quedan investidas de rasgos formales (validez, jerarquía) cuando son adoptada a través de una norma formal. Por eso, cuando la Constitución establece que una determinada materia debe ser regulada con rango de Ley, en realidad está empleando el mecanismo de la reserva de Ley para investir una Ley material de rango y legitimidad de Ley formal.

Ahora bien, la Ley parlamentaria o formal es un continente, que legitima y sistematiza muy diversos contenidos. En otras palabras, los introduce en el sistema, de dos formas: bien incorporando contenidos concretos, bien contemplando la participación en el sistema de otras fuentes inferiores. De ahí que la costumbre forme parte del sistema: son los artículos 1.1 y 1.3 del Código Civil los que la introducen en el sistema. La cosmología de normas supranacionales que describía más arriba, esas fuerzas centrífugas que amenazan con disolver los sistemas en un maremagnum normativo, son Leyes materiales. Y como el resto de normas materiales, requieren para ser aplicadas como parte del sistema, o bien su incorporación a una norma válida, o bien que una norma del sistema admita su aplicación. En el primer caso no existirá conflicto, pero siendo realistas, pocas normas supranacionales se aprueban a través de normas formales internas. En el segundo caso, deberán arbitrarse mecanismos, primero, para garantizar que la norma supranacional cumple los requisitos para ser aplicada como norma interna, y segundo, para resolver el posible conflicto que pueda surgir con otras normas del sistema. Este es el centro del problema que estudio en el presente trabajo, y como se verá, la Ley en sentido formal ocupa un papel central,

---

<sup>161</sup> En el mismo sentido, L.M. DÍEZ-PICAZO en ARAGÓN REYES (2011:336). A mi modo de ver, esta lógica es correcta para las fuentes del artículo 1.3 del Código Civil, es decir, para la Ley en sentido amplio (aplicándose a la jerarquía interna que este concepto amplio de Ley tiene, es decir, Constitución, Ley, Reglamento) y subsidiariamente la costumbre. Pero en cuanto a los principios generales del Derecho, no considero que carezcan de la legitimidad democrática que se predica de la Ley formal. De hecho, según el artículo 1.4 del Código Civil informan el conjunto del ordenamiento jurídico, como muy bien subrayó ALBALADEJO (ALBALADEJO (2013:71 y ss.), y de hecho están muchos de ellos constitucionalmente positivizados (GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ (2011:89). Eso garantiza su anclaje constitucional, y por ende su legitimidad derivada de la voluntad constituyente; no tendría sentido que unos principios con una mínima legitimidad democrática informaran y alteraran la interpretación de normas legítimamente tan sólidas como una Ley formal. Por ese motivo, considero cuestionable la posición postrera de los principios generales en el sistema de fuentes. Una cosa es que su aplicación directa se relegue al último término, y otra que sean las normas menos importantes del sistema. De hecho, es al revés, la subsidiariedad aplicativa debe predicarse de las normas progresivamente más alejadas de la voluntad legislativa democrática (terminando en la costumbre, que es de origen privado), y el fundamento constitucional de los principios generales del Derecho les dota de una legitimidad del máximo grado en el sistema, lo que justifica su posición de informadores del ordenamiento.

pero dándole una interpretación actual, más moderna y menos rígida de la que tuvo en el contexto de la doctrina *iuspublicista* alemana decimonónica.

El estudio de la legitimidad de la Ley no puede continuar sin examinar los paradigmas desarrollados en los últimos cien años. Obviamente, las propuestas han sido numerosísimas. Voy a examinar brevemente dos de ellas: la de WEBER y la de CARL SCHMITT. En la obra de WEBER, los tipos *puros* de legitimidad del poder son bien conocidos<sup>162</sup>. Son tres: la legitimidad racional o burocrática, la tradicional y la carismática<sup>163</sup>. Evidentemente, la legitimidad burocrática es la propia de la realidad político-jurídica del Estado liberal, y es por tanto la que es relevante para el estudio de la legitimidad de la Ley. Según el autor, este modo de legitimidad descansa en cinco pilares básicos: la libertad de estipular derechos entre miembros de la sociedad que serán respetados por el resto de miembros y por el propio Estado burocrático (esto es, la autonomía de la voluntad), un “cosmos de reglas abstractas”, que es el Derecho aplicado por los jueces y la Administración, dentro de los límites que marca el propio Derecho (esto es, el principio de legalidad), sometimiento del soberano legal típico a ese “orden impersonal” de normas (sometimiento a la Ley de los Poderes públicos) y obediencia a él en virtud de dicho orden, obediencia de los miembros al Derecho, y sólo al Derecho y no a ninguna otra autoridad autolegitimada (ciudadanía) y ejercicio del Poder sujeto a la Ley, dentro de las competencias y jerarquía de cada órgano.

Es fundamental el concepto que maneja WEBER de “orden impersonal”, porque en torno a él pivota todo su sistema. El orden impersonal es, al fin y al cabo, el orden jurídico, al que los ciudadanos obedecen en virtud de su posición de ordenamiento jurídico legítimo del sistema. En principio, este es el modelo clásico de Administración en el Estado-Nación regido por el principio de territorialidad, el del Estado administrativo. Mediante la legitimación de todo el sistema a través de

---

<sup>162</sup> Con carácter general, vid. WEBER (2002:170 y ss.): “De acuerdo con la experiencia ninguna dominación se contenta voluntariamente con tener como probabilidades de su persistencia motivos puramente materiales, afectivos o racionales con arreglo a valores. Antes bien, todas procuran despertar y fomentar la creencia en su “legitimidad”.”.

<sup>163</sup> En la palabras del propio WEBER, en aras de facilitar su exégesis: “§ 2. Existen tres tipos puros de dominación legítima. El fundamento primario de su legitimidad puede ser:

1. De carácter racional: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal).

2. De carácter tradicional: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional) .

3. De carácter carismático: que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (autoridad carismática). En el caso de la autoridad legal se obedecen las ordenaciones impersonales y objetivas legalmente estatuidas y las personas por ellas designadas, en méritos éstas de la legalidad formal de sus disposiciones dentro del círculo de su competencia. En el caso de la autoridad tradicional se obedece a la persona del señor llamado por la tradición y vinculado por ella (en su ámbito) por motivos de piedad (pietas), en el círculo de lo que es consuetudinario. En el caso de la autoridad carismática se obedece al caudillo carismáticamente calificado por razones de confianza personal en la revelación, heroicidad o ejemplaridad, dentro del círculo en que la fe en su carisma tiene validez.”.

la aprobación de las Leyes por el órgano representante del pueblo, se legitima todo el orden burocrático del Estado administrativo. Pero no basta, como podría deducirse de sociólogo alemán, que los ciudadanos obedezcan al Derecho para que tengamos un Estado democrático de Derecho. Con esa obediencia hemos superado cualquier forma de obediencia personal, es cierto, se limita la arbitrariedad y el sometimiento al carisma mágico propio de las sociedades primitivas. Pero para que esa legitimidad sea auténtica legitimidad democrática, necesitamos que los ciudadanos sean los propios autores de las Leyes que se les aplican. Ese paso no lo dan todos los Estados burocráticos, aunque desde luego sí que lo han dado los Estados democráticos de Derecho, que son, característicamente, Estados burocráticos, pero dotados de una burocracia democrática.

CARL SCHMITT centró su análisis de la legitimidad en la Constitución y en la Ley, rompiendo muchos de los moldes previamente preestablecidos. Un análisis de su teoría de la legitimidad está completamente fuera del alcance de este trabajo. Sí que nos alcanza, sin embargo, recordar sus líneas maestras. La legitimidad de una Constitución deriva directamente de la legitimidad del sujeto que adopta la decisión constitucional. Esta legitimidad ha variado históricamente, jugando básicamente con dos modelos, el monárquico y el democrático. En la realidad política actual de los Estados democráticos de Derecho, sólo el pueblo soberano es autor legítimo de la Constitución, y la hará a través del mecanismo de la representación<sup>164</sup>.

El planteamiento de SCHMITT no es sociológicamente tan fino como el de WEBER, pero es jurídicamente mucho más adecuado. Rechaza el positivismo normativista kelseniano, al considerar que la legitimidad de la decisión constitucional no requiere de una norma previa o superior para fundarse -el propio KELSEN acaba admitiendo esto con su *Grundnorm*-, pero también el idealismo ético instaurado por HEGEL en el análisis del Derecho como producto autoconsciente del espíritu. Para SCHMITT, la decisión constitucional justifica su legitimidad exclusivamente en su existencia política. Así, al elaborar la historia del constitucionalismo, explica las Constituciones surgen con una imposición política de facto del soberano, especialmente las democráticas, cuando la Nación toma la iniciativa política y genera sus propias instituciones. Así sucedió en Francia durante

---

<sup>164</sup> SCHMITT (2002:104 y ss.): “Una Constitución es legítima -esto es, reconocida, no sólo como situación de hecho, sino tamo bién como ordenación jurídica-cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida. La decisión política adoptada sobre el modo y forma de la existencia estatal, que integra la sustancia de la Constitución, es válida, porque la unidad política de cuya Constitución se trata, existe, y el sujeto del Poder constituyente puede fijar el modo y forma de esa existencia. No necesita justificarse en una norma ética o jurídica; tiene su sentido en la existencia política. Una norma no sería adecuada a fundar nada aquí. El especial modo de la existencia política no necesita ni puede ser legitimado.

*Históricamente, pueden distinguirse dos clases de legitimidad -la dinástica y la democrática-; correspondientes a los dos sujetos del Poder constituyente que históricamente hay que considerar: príncipe y pueblo. Donde prepondera el punto de vista de la autoridad, será reconocido el Poder constituyente del rey; donde el punto de vista de la maiestas populi domina, la validez de la Constitución descansará en la voluntad del pueblo. Sólo puede hablarse de la legitimidad de una Constitución por razones his-tóricas, y siempre bajo el punto de vista de la distinción entre legitimidad dinástica y democrática. En realidad, se trata con esto de la cuestión de la forma de existencia de una unidad política.”* La amplitud de la cita se justifica, una vez más, en que toca todos los problemas a tratar.

la Revolución con la Constitución francesa de 1791 o en Alemania con la Constitución de Weimar de 1919<sup>165</sup>. Y el mismo esquema se podría aplicar, creo, a España y la convocatoria de Cortes Generales en 1808, iniciando un proceso constituyente en el que la Nación fue sufriendo las instituciones de la Monarquía que habían quedado domeñadas, inoperativas o directamente desaparecidas por la invasión napoleónica, culminando el proceso en una decisión constituyente y en la aprobación en las Cortes reunidas en Cádiz de la Constitución de 1812, tal y como lo ha narrado ARTOLA<sup>166</sup>.

Este concepto “existencialista” de la Constitución es, sin embargo, insuficiente para explicar su parte dogmática, la más racional y en la que se contempla la protección de los derechos fundamentales y los principios del Estado de Derecho, y además es, en todo caso, inaplicable a la Ley. En el fondo, hay una petición de principio en afirmar que la Constitución o la Ley se legitiman en que son hechos políticos o jurídicos aprobados por sus autores que también son legítimos. La mera existencia política de la Constitución, si es producto de la voluntad del pueblo soberano, ya nos deja intuir su legitimidad, porque es esa voluntad la que debe plasmar y no otra. Pero no es ni mucho menos un fundamento definitivo, porque la mera “existencia” de la norma no explica la relación entre la voluntad del soberano (democrático o no), la creación de la norma y el sometimiento de los ciudadanos. Esto se entenderá inmediatamente.

El siguiente paso lógico en el análisis de la legitimidad de la Ley formal es su posición como fuente abstracta es la relación Ley-ciudadanos. Desde una perspectiva metodológica, al construir el concepto de relaciones de sujeción general y especial en Derecho público, GALLEGO ANABITARTE observa que la Ley en sentido material es proposición jurídica, como ya sabemos, y por lo tanto es siempre fuente de relaciones de sujeción, general o especial, entre los ciudadanos y la Administración<sup>167</sup>. Esta tesis se utilizó en el Derecho público alemán para justificar la potestad reglamentaria autorregulatoria de la Administración, aduciendo que los reglamentos de organización no tendrían carácter de Ley material, porque no regulan relaciones de sujeción, sino meras relaciones interorgánicas.

La inactualidad de esta teoría, inadmisibles en el Derecho público moderno -porque blindan los reglamentos organizativos frente a todo control, mediante una interpretación interesada de su supuesta naturaleza- no empece su utilidad. La Ley en sentido material establece una relación de sujeción, la de unos sujetos frente a otros. Para que una Ley material sea legítima en un Estado

---

<sup>165</sup> SCHMITT (2002:47).

<sup>166</sup> ARTOLA (1978): Historia de España. La burguesía revolucionaria (1808-1876), Madrid: Alianza. Vid. pág. 9 y ss.

<sup>167</sup> GALLEGO ANABITARTE (1961:36).

democrático, debe existir identidad entre las dos partes. Es decir, los sujetos cuya voluntad se realiza normativamente en la Ley material deben ser los mismos que quedan sujetos por la relación jurídica que dicha voluntad constituye. He aquí mi respuesta al debate sobre la legitimidad de las normas: la legitimidad normativa es la coincidencia entre los sujetos cuya declaración de voluntad expresa la norma y los sometidos a la relación de sujeción que impone. Por expresarlo con sencillez, se trata de encontrar la identidad entre voluntad y sujeción. Por supuesto, siguiendo esta definición, se llega a la conclusión de que la legitimidad de mayor rango es la democrática y soberana.

La legitimidad de la Ley material dependerá, por lo tanto, de la legitimidad de su continente, la norma en sentido formal, y la legitimidad de ésta última dependerá de la posición de su órgano autor en el sistema constitucional. En consecuencia, la norma de mayor legitimidad en el sistema es la Constitución, que es expresión de la voluntad constituyente -decisión, según la teoría de SCHMITT- instituida en un órgano soberano representante de la Nación. Al margen de ella, la reina del sistema jurídico es la Ley formal. La Ley formal expresa la voluntad legislativa instituida en las Cortes Generales, el órgano de representación de la soberanía popular. La diferencia esencial entre la Constitución y la Ley es carácter fundacional que ostenta la primera, esa iniciativa de *decisión de constituir* el Estado.

Según los sistemas políticos, el órgano que la adopta puede también ser distinto, o ser el mismo que adopta la Ley, aún reconociéndole políticamente el carácter constituyente (Cortes Constituyentes). El afán de buscar una superior legitimidad en las Cortes Constituyentes respecto de las Cortes Generales es un camino sin salida: las segundas representan al pueblo español soberano, y no puede haber mayor legitimidad que esa. Menos aún cuando son esas mismas Cortes Generales las competentes para reformar la Constitución. No obstante lo cual, se reconoce en la mayoría de los sistemas político-jurídicos con Constitución escrita la posición suprema de ésta en la jerarquía normativa, por influencia de la teoría normativista de KELSEN, que construye una jerarquía normativa piramidal en cuya cúspide sitúa a la *Grundnorm*, como es bien sabido. Así se consagra en España en el artículo 9.1 de la Constitución. Esta teoría también ha permitido la construcción conceptual de la eficacia normativa de la Constitución, un tabú de la Europa continental decimonónica, que sólo admitió un concepto de Constitución como norma programática.

La Ley formal es, por tanto, la norma de mayor legitimidad en el ordenamiento. Ninguna norma puede ostentar el privilegio de ser aprobada por el órgano que representa a la soberanía popular. Esta legitimidad máxima es la que justifica su posición jerárquica, y no al revés. No basta, sin embargo, un concepto voluntarista de soberanía para dotar de legitimidad a la Ley formal. La Ley formal es voluntad general, eso desde luego. El Estado Liberal alumbró la mayor conquista de



la Historia del Derecho cuando consiguió legitimar la forma jurídica empleada por el Soberano para realizar normativamente sus declaraciones de voluntad mediante el cambio de composición del Soberano mismo. No hay, en el Estado democrático de Derecho, mayor legitimidad que la democrática, y ésta sólo se expresa plenamente en la Ley formal, producto normativo de la voluntad de ese soberano democrático. Pero no puede reducirse la Ley a voluntad del soberano, como pretendió ROUSSEAU. La Ley formal es voluntad general, eso era indudable, lo hemos dicho. Y no caben interpretaciones *iusprivatistas* de este concepto *iuspublicista*, caracterizando el voto como un derecho patrimonial y reduciendo esa voluntad general a un conjunto de voluntades individuales y privadas que se suman en un mero juego de mayorías, como ha intentado en alguna ocasión la teoría política liberal. Las mayorías son las reglas que rigen la formación de la voluntad general, no la voluntad misma. Esto es consecuencia del concepto de representación: es el pueblo soberano el que está representado en su conjunto, no cada ciudadano particular<sup>168</sup>. Pero la Ley formal no sólo es voluntad, es también razón. Hace falta recordar, una vez más, la celeberrima crítica al jurista suizo postulada por HEGEL, según la cuál la voluntad general es una mera suma de lo común a las voluntades de los miembros de la comunidad, y no es una voluntad racional, no desde luego si no coincide con lo que es racional en sí mismo, la voluntad del espíritu autoconsciente. Además, la voluntad popular no expresa por sí sola lo racional en sí, y de hecho diferentes facciones del pueblo pueden intentar adjudicarse el concepto de Justicia<sup>169</sup>.

Es difícil trazar dónde reside esa racionalidad, y desde luego ese problema desborda los límites de este trabajo. Sin embargo, sí que se encuentra dentro de sus límites proponer una respuesta. Ya he dicho que en el sistema jurídico moderno, y en España en virtud del artículo 9.1 de la Constitución, ésta norma es normativamente eficaz, y jerárquicamente suprema. Pues bien, la racionalidad del sistema deriva de la imposición de la parte dogmática de la Constitución, es decir, de los principios constitucionales y sobre todo los derechos fundamentales. Ese es el criterio de racionalidad con el que debe examinarse no sólo la Ley formal, sino el resto de normas del sistema. Pero el análisis racional opera en un momento distinto; no en el momento en el que demostramos la legitimidad de la fuente, sino durante el procedimiento de legitimación de la norma, en cuyo iter se planteará la elaboración de la norma, en unos casos, o el examen del hecho normativo dado (la costumbre o las normas supranacionales), y será entonces cuando debamos aplicar las garantías

---

<sup>168</sup> Sobre algunas críticas a ese concepto “privado” de la representación y el derecho a voto, vid. SCHIMTT (2001:206). Según su concepto de representación, si en un sistema de democracia directa se reunieran en asamblea literalmente todos los miembros del soberano, entonces podría prescindirse de la representación, porque el pueblo sería el soberano mismo. Pero en la práctica incluso reuniendo a todos los adultos el pueblo soberano es una entidad superior, de la que esos miembros no pueden ser más que representantes. Por lo tanto, se demuestra el carácter esencial de la representación en la democracia.

<sup>169</sup> Vid. HEGEL (2001:58). También citado por REXACH (1978:162).

(audiencias, informes motivados, etc.) y la metodología jurídica (conformidad con los derechos fundamentales, resolución de conflictos normativos, análisis económico del Derecho, análisis fáctico o contrafáctico, etc.), que introducen cánones de racionalidad en la elaboración de las normas.

No obstante, hemos definido la legitimidad normativa como la coincidencia entre los sujetos cuya voluntad se impone y los sometidos a su sujeción. Lo cual significa que otras normas inferiores ostentarán su propia legitimidad, desde luego de menor nivel, pero suficiente como para permitir su existencia dentro del sistema. No es viable, sencillamente, que las únicas normas del sistema sean las Leyes formales, incluso en lo que respecta a su propia interpretación, como pretendió en algún momento la Revolución Francesa mediante la imposición del método de interpretación auténtica, por el cuál todas las dudas interpretativas que surgieran en la aplicación de las Leyes se remitían al informe de la propia Asamblea Nacional. Así, el Reglamento ostenta una legitimidad derivada de la atribución constitucional de la potestad reglamentaria al Gobierno, cuyo Presidente su vez es investido por las Cortes Generales. La legitimidad de la norma deriva tanto de ese anclaje constitucional como del nombramiento soberano. Si seguimos descendiendo, las Órdenes Ministeriales siguen un proceso idéntico, pero mucho más tosco: los Ministros son elegidos por el propio Presidente del Gobierno, a su vez elegido por el órgano que representa al Soberano, lo que legitima al Ministro como autor de Ley material a su vez legítima, que puede ser de gran alcance práctico, pero en todo caso está subordinada a las fuentes superiores. En el ámbito local, las Ordenanzas Municipales son adoptadas por el Pleno del Municipio en virtud del artículo 22.2.d) del Texto Refundido de la Ley de Bases de Régimen Local, y lo mismo sucede con las Ordenanzas de las Diputaciones, adoptadas por el Pleno de la Diputación ex artículo 33.2.b) de la misma Ley. En todas ellas busca su legitimidad en la aprobación de su misma existencia como fuentes en una Ley formal parlamentaria. Además, esa legitimidad se refuerza porque se imita (muy lejanamente) el sistema de representación nacional en cada Municipio, donde el Pleno representa a los vecinos, en aras de buscar esa identidad entre autor de la norma y ciudadano sujeto a ella, entre voluntad y sujeción. El procedimiento de legitimación de estas normas, sin embargo, pertenece a un estadio posterior, regulado con carácter general en el artículo 49 del Texto Refundido de la Ley de Bases de Régimen Local. La legitimación de la costumbre y los principios generales del Derecho requieren argumentaciones más complejas que abordaré más adelante.

En todo este proceso, hay que observar que para legitimar la Ley material no basta con adherirse al sistema positivista de jerarquía de fuentes -me refiero particularmente al kelseniano, pero no sólo-, porque no se trata sólo de un problema de validez de la norma. Hay un sustrato de fondo en la norma formal, que es su propia legitimidad derivada de la legitimidad de su autor, de

manera que la Ley material tendrá la legitimidad que tenga su norma formal continente, y ésta la de su autor, como en una correa de transmisión. Esta legitimidad debe ser democrática y soberana en un Estado de Derecho, por lo que la existencia de la norma no puede reducirse a un mero problema de validez y jerarquía, aunque estas técnicas de análisis normativo desde luego son indispensables.

De todo lo anterior podemos sacar varias conclusiones y formular una teoría de las fuentes del Derecho. Aclararé de antemano que considero que esta teoría es necesaria. Para estudiar las normas supranacionales de Derecho público, no creo que sea suficiente con la mera aserción de su existencia, la afirmación del conflicto con las normas internas y la discusión metodológica sobre su resolución. Este es, digamos, el último tramo del camino al que nos dirigimos. Es el paso fundamental, porque nos dará una propuesta sobre la aplicación de las normas supranacionales, y probablemente será al que dedique más esfuerzo en este trabajo. Pero a este paso debe preceder la formación de un concepto de las normas supranacionales de Derecho público y sus tipos, al que dedicaré la segunda parte de éste trabajo, y a ésta debe precederle a su vez un análisis crítico del sistema tradicional del Derecho público, fundamentalmente de tres patas: el Estado, las fuentes y el ciudadano, éste último como autor del Derecho. No basta por tanto con afirmar la existencia de la norma supranacional (y del conflicto) e ir directamente a su solución: primero hay que estudiarla desde tres puntos de vista: su concepto, su encaje en el sistema y su autor. En este sentido, lo que voy a hacer a continuación, como consecuencia del estudio realizado de la potestad legislativa en su sentido tradicional, es formular una teoría general común a todas las fuentes, que puede ser aplicada igualmente a las normas supranacionales, lo que facilitará mucho su encaje en el sistema, digamos su “normalización”. Pues bien, de aquí hay que partir para elaborar una teoría de la posición jurídica de las normas privadas supranacionales, para saber cuáles de las características de la Ley material (democrática, limitadora o delimitadora de derechos, fuente de relaciones de sujeción general) puede predicarse de aquéllas. aunque yo creo que todas (incluso la de democracia, a través de una conversación entre las partes afectadas).

Pues bien, hasta ahora sabemos que la Ley en sentido material es fuente de relaciones de sujeción general. Pero la Ley material, en un Estado democrático de Derecho, debe ser a su vez el producto de la voluntad de aquellos a los que se aplica, con quienes tendrá una vinculación más o menos directa según el rango jerárquico de la fuente, y siendo la Ley formal la de mayor legitimidad. A esto lo hemos llamado la identidad de autor entre voluntad y sujeción. Recientemente RIVERO RODRÍGUEZ ha propuesto una intelección de la política como un espacio de *conversación* humana, como un foro permanente de discusión que facilite la vida en común. Así, la *conversación*, es decir, la formación de relaciones sociales y la dialéctica de la

controversia política habrían servido históricamente para alcanzar soluciones a los problemas compartidos por los miembros de la comunidad, dando lugar a configuración política de la *civitas*, que trasciende el espacio físico para constituirse en un conjunto de instituciones, las cuales una vez racionalizadas dan lugar a las *repúblicas* y ulteriormente desembocan en la formación del Estado moderno. Así se muestra en la evolución histórica de muchas ciudades medievales italianas y españolas durante el renacimiento, pero también en la época clásica: la caracterización realizada por SAN AGUSTÍN de la Ciudad de Dios como el auténtico hogar de los cristianos significa precisamente que es allí donde los hombres logran de forma natural el pleno entendimiento mutuo y su pacífica convivencia, y el hombre en la Tierra no puede alcanzar este ideal, porque es extranjero en ella, y su naturaleza corporal es imperfecta. Pero sí debe perseguirlo, porque su deber es mejorar permanentemente el nivel de la coexistencia humana en la *civitas terrae*.<sup>170</sup> La *conversación*, por tanto, es el método de la convivencia política entre los ciudadanos.

Esta interesante teoría, y muy bien fundada en los antecedentes históricos, tiene sus grandes ejemplificaciones en la política de las ciudades mediterráneas, tanto en época clásica como moderna, y desde luego cuenta con gran raigambre en la tradición política de las ciudades españolas, sobre todo en los siglos XV-XVI. La *conversación*, como proceso dialéctico, es un método si no infalible, al menos sí eficaz para alcanzar soluciones racionales. En parte, parece estar trayendo reminiscencias del método argumentativo socrático en los diálogos platónicos o de la dialéctica hegeliana como impulsora de la historia. La teoría *conversacional* aporta una visión útil a la comprensión de la política y el Derecho como materias racionales, o al menos un método para desarrollarlos racionalmente. La inferencia importante que quiero extraer de la teoría *conversacional* es evidente: este debe ser el método de la elaboración de las normas, y por tanto es una garantía de la legitimidad y legitimación de las normas, producto de la *conversación* entre los ciudadanos. El ciudadano no puede ser mero participante en Derecho público, es el auténtico autor de las normas. Que la soberanía popular se articule por la vía de la representación implica que la Ley formal sea el máximo exponente de la relación *conversacional* entre los ciudadanos y entre el ciudadano y el Estado. No en vano, la elaboración de las normas jurídicas se produce en foros donde hay una *conversación*: el Parlamento, los Tribunales que aplicarían en su caso la costumbre o las normas supranacionales, son en cierto modo foros de debate (no sólo eso, por supuesto). Y el procedimiento de aprobación de una Ley formal, y de cualquier otra norma en un Estado democrático, debe dar cabida también una *conversación* entre el ciudadano y la autoridad competente para dictarla, garantizando así que el producto sea racional. Esto es lo que sucede en el procedimiento legislativo con los debates

---

<sup>170</sup> Vid. RIVERO RODRÍGUEZ, A. *La política como espacio de la conversación humana*, en COLOM GONZÁLEZ, F. y RIVERO RODRÍGUEZ, A. (2015): *El espacio político*, Madrid: Anthropos.

parlamentarios entre representantes de los ciudadanos o con la intervención de expertos, pero también en la aprobación de las normas reglamentarias con la participación ciudadana a través de audiencias o de expertos a través de informes. La *conversación* está presente en todo el procedimiento de elaboración de las normas, aportando garantías a su racionalidad, aunque por lo que conocemos de los productos que los legisladores emiten, parece que nunca son suficientes. Cabe preguntarse hasta qué punto las normas serían peores incluso de lo que a menudo son en cuanto a su racionalidad o razonabilidad (no digamos técnica normativa) si estos procedimientos no existieran. Pero además de aportar racionalidad, estos procedimientos sirven a la legitimación de la norma que es producto del proceso, porque no basta con que la fuente sea legítima, sino que la norma concreta debe ser legitimada al aprobarse por el procedimiento correspondiente. Ambos requisitos deben concurrir para que la norma forme parte del sistema.

La misma lógica puede aplicarse a todas las fuentes. La teoría conversacional no sólo puede servir para legitimar las normas que son producto más o menos directo de la representación política. Si fuese así, sólo ellas serían legítimas, incluso sólo lo sería la Ley parlamentaria. Aunque como ya he dicho un liberalismo muy inicial postulara esto, y tras el fracaso de las quimeras jurídicas a las que llevó esta pretensión de imperio absoluto de la Ley durante la Revolución Francesa (teoría de la exégesis, interpretación auténtica parlamentaria), una reacción conservadora, fundamentalmente representada por la doctrina germánica de la Escuela Histórica del Derecho de SAVIGNY y WINDSCHEID volvió a poner en valor la costumbre, desplazada ya desde comienzos del siglo XVIII, como hemos visto. La costumbre, de la que hablaré largo y tendido más abajo, puede interpretarse igualmente como un producto *conversacional*, pues es la solución normativa propuesta por los individuos de una comunidad determinada a sus problemas comunes. Semejante solución, por su naturaleza de iniciativa privada de esos ciudadanos en concreto, pero de alcance general, sólo puede ser producto de la contraposición de opiniones sobre la solución del problema y la asunción de un consenso, que será normalmente tácito. Ahora bien, los sistemas jurídicos del Estado liberal por lo general han sabido poner a la costumbre en el lugar que le corresponde, que es el de fuente inferior a la Ley de cualquier rango. El motivo es sencillo: la costumbre no es el producto de ninguna representación, ni directa ni indirecta. La representación, que es esencialmente pública, garantiza la participación de toda la Nación en la toma de decisiones legislativas (esto no cambia en el caso de los legisladores regionales, en nuestro caso autonómicos, que son un producto legislativo de las Cortes Generales permitido por la Constitución y regulado por cada Estatuto de Autonomía). La costumbre, por el contrario, es esencialmente privada, y sólo representa a los miembros de la comunidad que la admiten, que suelen ser una parte más o menos numerosa de la Nación. De hecho, la costumbre general ha sido una especie tabú para Estado Liberal de Derecho, porque

ponía en cuestión la vigencia de la Ley. Es clara la diferencia de naturaleza entre la Ley y la costumbre general: la Ley es elaborada por el Soberano democrático debidamente representado como producto de su voluntad general y su naturaleza es de Derecho público, mientras que la costumbre general es el fruto del consenso de los ciudadanos, tácito casi siempre, como producto de su voluntad privada, incluso aunque todos y cada uno de ellos hayan participado en dicho consenso. Pero eso no quita que haya que reconocerle el papel de fuente a la costumbre: es, al fin y al cabo, producto de la voluntad de los ciudadanos a los que sujeta, y muy útil no sólo para salvar lagunas del sistema, sino para proteger normativamente los intereses privados de éstos. Sobre este último argumento volveré a menudo cuando estudie la metodología jurídica, a cuenta de la llamada jurisprudencia de intereses.

Procede ya, por tanto, formular la teoría de las fuentes que propongo. Esta teoría fundamenta la pertenencia de la fuente al sistema en un sólo carácter esencial: la legitimidad. Nótese que hablo de la fuente, no de la norma. A la norma se le exige la concurrencia de varios requisitos: la legitimidad de la fuente, su legitimación mediante su procedimiento de aprobación, su validez, y un observador que se acerque a la norma desde una postura de la sociología del Derecho (que no es mi caso), probablemente sería un requisito la eficacia. Por lo tanto, cuando hablamos de legitimidad de las normas jurídicas en realidad hablamos de la legitimidad de la fuente, por un lado, y la legitimación de la norma dentro del sistema, que es en definitiva su aprobación válida. La legitimidad, por tanto, es un fenómeno complejo, en el que hay que distinguir dos tipos diferenciados, que deben concurrir sucesivamente en cualquier norma del sistema para que pueda calificarse como plenamente legítima. La legitimidad debe responder siempre al esquema de *identidad entre voluntad y sujeción*. Y todo sistema de fuentes tiene su fuente primaria de legitimidad, que en el Estado democrático de Derecho es la soberanía nacional de titularidad popular expresada a través de la Ley. Esta fuente primaria garantiza la legitimidad de todas las fuentes del Derecho, no sólo de la Ley formal, sino de todas las demás fuentes, al contemplarlas en el sistema mediante su incorporación legislativa.

Pero pueden existir igualmente fuentes del Derecho legítimas no incorporadas legislativamente, porque en ellas se da también la identidad entre voluntad y sujeción. La legitimidad de estas normas será siempre inferior a la de aquellas fundadas directa o indirectamente en la soberanía popular, porque carecen de su legitimidad pública e inclusiva del conjunto del pueblo. Su legitimidad será siempre fundada en la autonomía de la voluntad privada de los ciudadanos que van a someterse a ellas. Pero eso no obsta a que sean legítimas, y a que puedan generar normas válidas. La Ley formal, eso sí, puede vetarlas o regularlas, pero en tanto calle sobre

ellas su legitimidad debe ser reconocida. En caso de conflicto, pueden incluso ser más razonables y representar mejor los intereses de sus destinatarios que las normas públicas. Estoy hablando de intereses económicos, desde luego, pero no sólo. En otras palabras, si la costumbre no estuviera contemplada como fuente del Derecho en el artículo 1.1 del Código Civil, si la Ley formal callara, sería imposible no prestar *alguna* atención al fenómeno. La costumbre seguiría siendo, contemplada en el Código Civil o no, una norma jurídica creada por la voluntad de los mismos autores a quienes se aplica. Sólo se podría rechazar la costumbre si la Ley formal, en un acto de legalismo exacerbado, prohibiera su aplicación jurídica, lo cual es posible, pero unimaginable: no se puede desconocer el papel histórico de la costumbre en la formación de la Ley, especialmente en el Derecho germánico, que es, al fin y al cabo, una de las raíces históricas de nuestro sistema jurídico.

Hay que destacar y proteger el papel central de la Ley en un Estado democrático de Derecho, pero también es justo reconocer sus límites, y su coexistencia con otras figuras, en aras de admitir una participación de los ciudadanos en el ordenamiento más próxima a sus intereses particulares. Así por ejemplo, la costumbre se adapta históricamente bien al tráfico jurídico y al mercado, y es útil en esos contextos. Naturalmente, y como puede deducirse, voy a exponer un argumento idéntico para las normas supranacionales de Derecho público, aunque eso será en la segunda parte del presente trabajo. Pero baste adelantar ya que éstas, aunque no contempladas por la Ley formal vigente, son plenamente legítimas como fuente del Derecho, y por lo tanto admisibles en el sistema *a priori*.

Otra cosa es la admisión en el sistema de las normas concretas. Una vez identificadas las fuentes legítimas de las fuentes del Derecho en el sistema, la aprobación de una norma debe seguir dos pasos. El primero es pertenecer a una de esas fuentes legítimas. El segundo es seguir su procedimiento de aprobación. Este procedimiento lo califico bajo el título de procedimiento de legitimación o procedimiento legitimador de las normas. Nuestra norma de máxima legitimidad es la Ley formal, y como consecuencia nuestro procedimiento de legitimación por antonomasia es el procedimiento de elaboración parlamentaria de la Ley formal, aunque la Constitución y las Leyes parlamentarias admiten otros para la Ley material de inferior rango: así sucede con la potestad reglamentaria del Gobierno del artículo 97 de la Constitución y elaboración de los reglamentos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (el Título V de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, ha sido derogado con efectos de 2 de octubre de 2016 por la disposición final 3.12 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre) o la pura elaboración de la costumbre, sobre cuyo procedimiento ni ha habido ni hay consenso doctrinal (trataré de esto cuando examine la costumbre).

Por otro lado, el procedimiento de legitimación opera siempre *ex post* a la existencia de la fuente: es el procedimiento de adopción de las normas, que es necesario seguir para que éstas sean válidas (y legitimadas -porque aporta las debidas garantías democráticas en el caso del parlamentario, porque garantiza los derechos de los ciudadanos en el caso del reglamentario, porque su formación cumple con los requisitos mínimos en la realidad extrajurídica que la Ley considera necesarios para que exista como norma y no se opone a la Ley, la moral o el orden público, en el caso de la costumbre). El procedimiento también reafirma la legitimidad de la propia fuente de la norma, por lo que se produce un doble efecto legitimador: el de la norma-fuente y el de la norma-producto, pero precisamente porque la norma final es el producto del proceso, su legitimación sólo se produce al final del procedimiento. Por ejemplo, en el caso de una Ley formal, la Ley formal como fuente del Derecho aparece como fuente legítima *ab initio* porque tiene su propia fuente de legitimidad en su carácter democrático (doble carácter de la democracia: institución política de participación y jurídicamente fuente de legitimación de las propias fuentes del Derecho) pero el producto concreto, una Ley formal emanada de las Cortes Generales, no está legitimada hasta que no se aprueba por su procedimiento.

Esto será fundamental en el caso de las normas privadas supranacionales, porque son legítimas *ab initio*, pero sólo aparecen legitimadas dentro del sistema al final del proceso, cuando metodológicamente se ha cumplido el proceso de absorción de las normas supranacionales dentro de un ámbito territorial de soberanía (v.gr. España). Pues bien, el objetivo de este trabajo es encontrar tanto la legitimidad de las normas supranacionales, como su procedimiento legitimador adecuado para ser admitidas en nuestro Derecho. Por cierto, cabe mencionar de momento un detalle: las normas supranacionales, aunque sean externas al sistema, una vez que se incorporan a él, podrán ser informadas por los principios generales del Derecho, como prescribe el artículo 1.4 del Código Civil para todas las demás fuentes. De hecho, su procedimiento de legitimación, que en el caso de las normas supranacionales se va a producir fundamentalmente en sede judicial, puede moverse en gran parte entorno a la conformidad de cada norma con los principios constitucionales y generales del Derecho del sistema, y de ahí su importancia.

A modo de resumen, todos estos argumentos podrían sintetizarse del siguiente modo. Aunque estoy de acuerdo con la mayoría de la doctrina (vid. por ejemplo, RODRÍGUEZ BEREJIO) cuando sostiene que la distinción Ley formal- Ley material de LABAND surge en y para su contexto histórico, y que fue perdiendo importancia a medida que el constitucionalismo alemán del *Monarchprinzip* se fue disolviendo en el parlamentarismo, sí que creo que la distinción tiene utilidad hoy, aunque ciertamente no en los mismos términos exactos que pretendió LABAND o en



los que éste la formuló. La distinción, en mi opinión, tiene más sentido hoy desde otro punto de vista: la distinción entre todo tipo de disposiciones generales (que serían Ley material, es decir, lo que genéricamente llamamos Ley) y las Leyes del parlamento, que merecen esta calificación como tales por tener legitimidad democrática, y se sitúan en la cima del sistema de fuentes, sólo por debajo de la Constitución, cuya naturaleza sería distinta porque se trataría de una decisión, al margen de que normativamente se articule en diversas Leyes constitucionales (SCHMITT). Las Leyes parlamentarias son por lo tanto las Leyes en sentido formal, la fuente de Derecho máxima del ordenamiento tras la Constitución, precisamente porque son las mejor legitimadas, están legitimadas por la democracia. Y efectivamente, cualquier Ley formal aprobada por las Cortes Generales siguiendo el procedimiento adecuado es Ley, independientemente de su contenido. De esta forma los actos administrativos incorporados en la Ley formal son Ley a todos los efectos del ordenamiento, aunque su naturaleza material sea la de acto, y no como pretendió LABAND, una mera reasignación de la responsabilidad por el acto del órgano autor (el Gobierno en aquel caso) a los representantes democráticos de la Nación.

La Ley formal por lo tanto no puede ser ya sólo un acto con forma de Ley, sino una Ley plena, sea cual sea su contenido, pero distinta de cualquier disposición general de cualquier rango (Ley material), que con un contenido que puede ser incluso de mayor alcance general que el de ciertas leyes, carece absolutamente de la legitimidad democrática de la Ley formal, que sólo tiene ésta en virtud del órgano competente para su aprobación y su procedimiento constitucional y legalmente reglado. Siendo así, el pretendido concepto unitario de Ley correspondiente a un Estado de Derecho moderno se consigue, pero no eliminando la distinción, sino reconociendo a la Ley formal la única legitimidad democrática plena del ordenamiento, de tal manera que las Cortes Generales, por el mero hecho de adoptar una decisión por el procedimiento legislativo, están dando lugar a un sólo producto, una fuente de Derecho única e indivisible en tipos sustancialmente distintos, la Ley, pero que se caracteriza por la total irrelevancia de su contenido y la absoluta crucialidad de su órgano autor y su procedimiento. La Ley del Estado de Derecho es formal por naturaleza; la Ley material ni siquiera merecería esta calificación si no fuera por el tradicional uso genérico de la palabra "Ley", pues la Ley material es mera proposición jurídica o disposición general, cualquiera que sea su forma y por lo tanto su legitimidad. Lo que debe observarse aquí es la esencial relación entre forma y legitimidad, de manera que la segunda dependerá de las cualidades de la primera.

Así, diré más tarde que otras fuentes del Derecho (costumbre, normas supranacionales) tienen una forma distinta a la Ley formal (no son aprobadas por las Cortes ni por el procedimiento

legislativo) y por lo tanto eso afectará a su (en todo caso menor, pero suficiente para ser fuente de Derecho) legitimidad. Por eso requieren un procedimiento de legitimación severo; no es que cada Ley formal no lo tenga (el procedimiento legislativo, nada menos) pero su legitimidad democrática, en virtud de su órgano de aprobación, ya es muy fuerte. De ahí que sea necesario distinguir en todas las fuentes legitimidad (que deriva de la legitimidad de su órgano autor), legitimación (que es la legitimación de cada una de las normas emanadas de la fuente ex post, y que se deriva de su procedimiento de aprobación e introducción en el sistema) y aplicabilidad (que es la legitimidad de la aplicación *ad casum* -clave en las normas supranacionales, que siempre son de inspiración aporística- y que trae causa de la suplicabilidad, es decir, de la posibilidad que tiene la parte de instar al Juez la aplicación de la norma, para lo cual la parte tiene que tener legitimación en el proceso y aportar prueba de la existencia de la norma -obviamente, innecesaria en el caso de las normas publicadas, pero clave en el Derecho no publicado: el Derecho extranjero, la costumbre y las normas supranacionales). De ahí que dedique la segunda parte de este trabajo a estudiar el concepto y legitimidad de las normas supranacionales.

11. El resto del sistema de fuentes en España y su legitimidad *menor* desde el punto de vista del legalismo: la costumbre.

Uno de los argumentos sobre los que vengo incidiendo insistentemente es el siguiente: todas las fuentes del Derecho, en tanto que fuentes, deben ser legítimas para formar parte del sistema. Ahora bien, como ya he demostrado, es consenso en la doctrina que esta legitimidad disminuye a medida que nos alejamos del órgano en el que está representado el pueblo soberano, titular de la potestad legislativa. También he argumentado que la legitimidad de la fuente debe distinguirse de la legitimación de la norma *in concreto*, que es la consagración de la norma adoptada en *forma* de una fuente legítima dentro del sistema, al ser aprobada por el procedimiento que corresponda. Pues bien, este análisis es muy explícito en la Ley, pero puede realizarse en todas las fuentes del Derecho. Este es el esquema del presente trabajo: formar un concepto y tipos de las normas supranacionales, justificando su legitimidad -lo que desarrollaré en el § 2 de esta obra-, para posteriormente construir un procedimiento de legitimación que sea aplicable a cada norma supranacional en particular, pero partiendo del estudio de normas reales de sectores concretos -esto lo desarrollaré en el § 3-.

Pues bien, la misma metodología de análisis es perfectamente adecuada para estudiar la costumbre. El estudio de la costumbre es especialmente importante para este trabajo porque, como se verá tiene una íntima conexión con las normas privadas supranacionales. Ya he abordado más

arriba los problemas que plantea la costumbre en relación con la Ley, particularmente la costumbre *secundum legem* y la *desuetudo*, pero no la he estudiado como institución independiente. Recordemos brevísimamente, en primer lugar, los caracteres de la costumbre en el Derecho civil<sup>171</sup> y en el Derecho administrativo clásicos.

El Código Civil (Ley parlamentaria, es decir, *formal*, por mucho que para los civilistas más clásicos cumpla con los pretendidos requisitos materiales de la Ley) introduce la costumbre en el sistema jurídico español en su artículo 3:

*“La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada.*

*Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre.”*

La STS 1ª de 18 de abril de 1951 define la costumbre como *norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizada con intención jurídica*. Esta definición desciende de la histórica contenida en la ley de Partidas (Ley 4ª, Tit. II, P. I). La costumbre es una institución jurídica contenciosa que se ha llegado a identificar con la misma Moral (la Escuela Histórica del Derecho, especialmente SAVIGNY) o en el extremo contrario con una manifestación de positividad jurídica, como mera realidad social (la escuela sociológica de EHRLICH, ROSS).

La costumbre es, en primer lugar, es fuente independiente de Derecho. No requiere de la aprobación legislativa, como propugnaban algunas teorías jurídicas liberales del S. XIX. Para la doctrina decimonónica de autores como WINDSCHEID o GIERKE, la costumbre se compone de dos elementos: un elemento material, *corpus*, que es el uso uniforme, general y constante (la *consuetudo* de los glosadores) y el espiritual, *animus*, la convicción jurídica de que el uso es Derecho (la *opinio iuris* de SAVIGNY). Efectivamente, ha sido en el Derecho germánico donde la costumbre se ha consagrado con mayor plenitud, como ya lo reconociera TÁCITO, *plus ibi mores valent quam alibi bonae leges*, hasta la Escuela Histórica del Derecho del propio SAVIGNY.

ALBALADEJO añade que debe cumplirse el requisito de no ser contraria a la moral ni al orden público del art. 1.3 CC, pero no sólo eso, sino que ha de ser *consuetudo rationalis*, el requisito equivalente a la racionalidad de la Partida 1, 2, 5; y en el moderno Derecho del Estado Liberal, desde luego es requisito esencial no ser *contra legem*, contraria a la ley (salvo en Navarra, Ley 3.1 de su Compilación). Se discute si este precepto sólo alcanza a la ley imperativa o también a la dispositiva,

---

<sup>171</sup> Vid. especialmente DE CASTRO Y BRAVO (1955:404 y ss.) y CASTÁN TOBEÑAS (1986:479 y ss).

aunque si ambas partes siguieron una costumbre contra ley dispositiva podría ser considerada equivalente a un pacto en contrario<sup>172</sup>. He aquí una primera sugerencia: esta regla, ¿podría ser también válida para las normas privadas supranacionales, desplazando éstas a la Ley dispositiva?. Sólo podré responder a estas preguntas en un punto más avanzado de este estudio, pero es interesante dejarlas planteadas. Continuemos.

En segundo lugar, la costumbre es fuente subsidiaria de Derecho y de limitado alcance. La costumbre se ha visto perjudicada por el movimiento codificador en general, consecuencia lógica y esperable de la imposición de la Ley como norma de máxima legitimidad democrática en el Derecho del Estado Liberal. En el caso de España, y siguiendo al Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851, se proscribía la costumbre contra ley (antiguo art. 5, ahora 1.3 del Código Civil) y sólo admitía expresamente la costumbre local o del lugar y la supletoria o *praeter legem* donde no hay ley aplicable (antiguo art. 6), como ya sabemos. Para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, con la reforma del Título Preliminar de 1974 esta situación ha cambiado profundamente, de forma que en el 1.3 ya no se mencionan las costumbres locales, permitiendo el legislador las costumbres generales, que tienen la virtud de aportar dinamismo al Derecho<sup>173</sup>. A esto se pueden añadir las apreciaciones sobre la costumbre interpretativa o *secundum legem*, como es bien sabido rechazada en nuestra doctrina por DE CASTRO, precisamente en reconocimiento de la legitimidad máxima de la Ley para no depender de otras fuentes a efectos interpretativos, y ya abordada más arriba a cuenta de las relaciones entre Ley y costumbre.

La costumbre, es, además, fuente secundaria del Derecho. La costumbre es fuente secundaria, por lo tanto no rige para ella el principio *iura novit curia* y exige la prueba a instancia de parte de la existencia, contenido y alcance de las normas consuetudinarias. PUIG BRUTAU explica que el problema de la prueba de la costumbre no es un requisito intrínseco de ésta, sino una necesidad práctica. Citando a BATTLE VÁZQUEZ, “[la Ley] se concreta en un texto publicado, mientras que la costumbre se forma paulatinamente y sólo puede hacerse manifiesta a través de los hechos en que se traduce, no apareciendo tan fundada la presunción de conocimiento por el juez, a menos que los que la aleguen prueben su existencia y su observancia actual”.<sup>174</sup> La falta de publicación va a ser fundamental en la interrelación que voy a establecer entre la costumbre y las normas privadas supranacionales: porque ambas son normas surgen en el ámbito meramente privado, al margen de los poderes públicos (que serán sin

---

<sup>172</sup> ALBALADEJO (2013:65).

<sup>173</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2010:119).

<sup>174</sup> PUIG BRUTAU (1989:203). No obstante lo cual, la jurisprudencia ha matizado la exigencia de prueba en alguna ocasión. Así, según la STS de 20 de enero de 1966, el Juez puede aplicar *ex officio* la costumbre cuando le conste de conciencia propia.

embargo quienes las reconozcan después para su aplicación), y porque ambas requerirán ser alegadas y probadas para su aplicación procesal.

La costumbre se distingue de la Ley, según CASTÁN, por las siguientes notas: por el origen, la costumbre tiene su origen en la sociedad y la Ley en la soberanía ejercitada por el Estado; por la forma, la costumbre es tácita, y la Ley expresa. Hay casos incluso en los que es la propia ley la que se remite a la costumbre, en cuyo caso tendremos una costumbre *praeter legem* que completa la remisión legal, v. gr. Art. 1599 CC, pago de obra al hacerse la entrega salvo pacto o costumbre en contrario. Por el ámbito territorial puede ser local, regional o general. Por la materia regulada general o especial. Por relación con la ley *extra legem*, *praeter legem*, *secundum* o *propter legem* y *contra legem*, si bien esto ya lo sabemos. Siendo todo esto cierto, en el Derecho actual requiere dos puntualizaciones. En primer lugar, por el origen, la costumbre existe en virtud de la soberanía (una vez más, artículo 1.3 del Código Civil); en segundo lugar, por la forma, la costumbre es tácita, pero debe tener el soporte de un *corpus* que la revele como real y existente como conducta, y un *animus* que la legitime y haga esos actos de costumbre jurídicamente relevantes.

La costumbre tiene también eficacia derogatoria sobre la propia costumbre. El art. 2.2 CC protege a la ley de su derogación por la costumbre, pero no a la propia costumbre. Por lo tanto, la costumbre contraria posterior deroga a la costumbre anterior. Esto, naturalmente, es producto lógico del efecto formal de la costumbre, que tiene exactamente igual que la Ley desde que existe como *corpus* y *animus* concurrentes.

Por último, hay que distinguir en todo este proceso el papel de los usos. Se suele considerar que los usos son una variante de la costumbre, muy importantes en algunos ordenamientos, como el mercantil, y que contempla el propio artículo 1.3 CC como costumbre. Para poder ser definidos como usos jurídicos deberán tener las cualidades de uso reiterado y *opinio iuris*, pero no parece que el precepto se limite a los usos profesionales, sino que puede aplicarse a todos los usos jurídicos.

Sobre el Derecho consuetudinario, KELSEN hace una apreciación que es necesario rebatir, cuando afirma que el Derecho consuetudinario no refleja la voluntad de ningún legislador, de manera que en la costumbre no hay una auténtica voluntad legislativa de quienes la siguen, sino una mera expectativa de que se cumpla la costumbre, pero no una voluntad [fuente formal] que tenga como contenido la citada regla [fuente material]. Y cuando un Tribunal aplica esta regla, no revela la voluntad de ningún legislador, sino “*en la presunción de que en materia* [la que sea objeto del caso] *se debe proceder en la forma en que los miembros de la comunidad han procedido siempre*”. En otras palabras, no existiría según este autor *animus* alguno en la costumbre, no existiría voluntad legislativa, sino un

mero *corpus* que se cumple de facto. El fallo en esta tesis es que, como veremos, el *animus* es el elemento de legitimidad de la costumbre, y por lo tanto su inexistencia no da lugar a Derecho en absoluto, sino a un mero hacer sin ningún efecto jurídico. Ni es posible concebir que los órganos judiciales, al aplicar la costumbre, estén limitándose a aplicar una mera “*presunción de proceder*” porque eso significaría reducirles a la posición de partes privadas que siguen o no la costumbre según participen de ella. Los órganos judiciales dicen el Derecho, y si aplican la costumbre, es que el hecho ha trascendido a una posición de relevancia jurídica. Ciertamente es que la costumbre no refleja la voluntad de ningún legislador público, o que actúe por representación del pueblo como entidad unitaria. Pero sí refleja un conjunto de voluntades privadas que concurren.

La tesis de KELSEN supone negarle toda sustantividad a la voluntad normativa colectiva de aquellos a los que las dichas normas van a ser aplicadas, reduciendo su representación al órgano democrático. Esto no es realista ni siquiera en el punto álgido del Estado Liberal, mucho menos lo es en el entorno de pluralismo normativo en el que nos movemos en la actualidad. Si bien el órgano democrático es el supremo órgano legislador, no es la única vía por la que se expresa la voluntad legislativa de los ciudadanos. Puede que sea complicado aprehender el concepto de costumbre como producto de un conjunto de declaraciones de voluntad, o dicho de otro modo, puede que sea difícil identificar el *animus*, pues es ciertamente un elemento demasiado abstracto. Para una concepción materialista o positivista, puede ser incluso absurdo defender su existencia. Pero es igual de difícil de concebir la existencia de una relación entre la voluntad de cada ciudadano y la voluntad del legislador en la democracia parlamentaria. Esta relación ha sido históricamente fruto de muy diversas teorías, partiendo siempre de la representación del Derecho privado y alejándose progresivamente de ella. Es, al menos, una relación tan difícil de ver como la relación entre la voluntades de los miembros de la comunidad y la costumbre que crean. Y sin embargo, esa relación existe.

La voluntad del pueblo soberano está representada en su órgano legislativo, por muy abstractos o polémicos que sean los conceptos de voluntad general o representación, y las decisiones que éste órgano adopta son el producto de ese conjunto de voluntades individuales. De la misma manera, la costumbre es el fruto de un conjunto de voluntades consentidas y expresadas legítimamente como la suma de un hecho y una *opinio iuris* que lo juridifica. No es posible concebir la costumbre como mero hecho: hay un momento en el que el hecho trasciende jurídicamente, y ese momento es la voluntad de los ciudadanos sujetos a la costumbre de reconocer su relevancia jurídica.

En realidad, la concurrencia del *corpus* y el *animus* ha sido el gran debate de los muchos que han envuelto este polémico concepto. Si son necesarios ambos elementos, o solamente uno de ellos, y en su caso cuál, es una cuestión cuya respuesta depende enteramente del momento histórico y la concepción del Derecho de cada corriente o autor. No obstante lo cuál, en este trabajo vengo siguiendo la toma de partido como directriz metodológica, y así pretendo continuar. Aclaro por tanto sin entrar en más debate que de entre estas opciones considero correcta la más clásica: la costumbre requiere la concurrencia de los dos elementos, *corpus* y *animus*. Ninguno de ellos es por sí solo suficiente para producir una norma consuetudinaria, y el motivo es sencillo: el procedimiento de legitimación de una costumbre pasa por el doble requisito de su aceptación intelectual por aquellos sujetos a los que obliga, y de su existencia fáctica. Sin el *animus* no se alcanza el minimum de legitimidad democrática: bien que la legitimidad de la costumbre nunca será tan alta como la de la Ley soberana democrática; pero el mínimo de garantía democrática de la fuente debe ponerse en que sea aceptada por aquellos a quienes se ha de aplicar, y eso pasa por que éstos reconozcan intelectualmente la existencia de la costumbre.

He aquí la *legitimidad* de la costumbre como fuente. Y sin el segundo elemento, el *corpus*, la costumbre tampoco existe, sencillamente porque la costumbre es por naturaleza acto extrajurídico jurificado, no puede ser meramente ideal; su propia existencia, a falta de publicación, requiere un sustrato material para que la norma pueda probarse y aplicarse. He aquí el concepto de costumbre en sentido *formal*: la existencia de un *corpus* que sea sustrato de la costumbre es el equivalente de la aprobación de las normas escritas, es la realización de la declaración de voluntad normativa en el mundo exterior, y determina la propia existencia de la norma. Por su parte, el procedimiento de legitimación de la costumbre consistirá en la identificación del *corpus* y su alegación, prueba procesal, y control de su conformidad con la moral y el orden público, momento en el cuál la norma consuetudinaria queda lista para ser aplicada. Se comprende una vez más la conexión con las normas supranacionales: en ellas el procedimiento de legitimación, a muy grandes trazos, será parecido. Se tratará de identificar una norma para aplicarla en sede judicial, siguiendo un procedimiento aplicativo que examine la existencia de la norma, se alegue en el proceso, se pruebe y se examine su conformidad con la moral y el orden público (dicho sea en términos muy genéricos). He aquí el análisis normativo de la costumbre; como se ve, requiere de los dos elementos, porque sólo cuando concurren se justifica su posición como norma del sistema, legítima y legitimada.

En cuanto al papel de la costumbre en el Derecho administrativo, ésta ha sido tradicionalmente incluso más relegada que en el Derecho civil.<sup>175</sup> La razón es, desde luego, el

---

<sup>175</sup> Como referencias, se han manejado GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011:81 y ss), VILLAR PALASÍ (1977:519 y ss.) y VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA (1987:309 y ss.).

principio de legalidad de la Administración. Gran parte del debate se centra en el problema del precedente administrativo, en el que no voy a entrar aquí. Bastará con dar algunas pinceladas que introduzcan ya el estudio especial del Derecho administrativo y su conceptualización tradicional. La posición de la costumbre en Derecho administrativo ha sido históricamente polémica, y parte de la doctrina la ha despreciado, incluso negando su carácter de fuente, lo que supone un grave error, como se verá.

En el primigenio Derecho administrativo español decimonónico, COLMEIRO situó a la costumbre como fuente del Derecho, pero sólo como cuarta fuente después de la Ley, los Reglamentos y la jurisprudencia (doctrina) administrativa. Es curioso que, muy lúcidamente, otorga un lugar a la costumbre más prominente incluso que en Derecho civil, porque en la complejidad del Derecho administrativo es capaz de regular los numerosísimos recovecos de la contraposición entre los intereses generales representados por la Administración y los intereses de los particulares, cosa que no está al alcance de la Ley<sup>176</sup>. Lamentablemente, este punto de vista cedió en favor de una concepción estricta del principio de legalidad de la Administración. Para VILLAR PALASÍ, el problema es una concepción equivocada de este principio, que lo entiende como sujeción de la Administración a un bloque de normas que sólo está representado en la Ley y el Reglamento. Otros argumentos habituales han sido, bien que el Derecho administrativo es un ordenamiento reflexivo y racionalizado que excluye por naturaleza una fuente espontánea como la costumbre, bien que el Derecho administrativo es por esencia el Derecho del Estado, mientras que la costumbre es el Derecho de la sociedad, que no podría regular a las personas jurídico-públicas, especialmente a la Administración. Éste último subraya la separación Estado-Sociedad, lo cual parece correcto, pero siguiendo el dogma liberal, exagera la distinción, como si ambos fuesen compartimentos estancos y aislados.

Ninguno de estos argumentos es aceptable. Explica GARCÍA DE ENTERRÍA que la teoría de la burocracia clásica de MAX WEBER la concebía como invariablemente racional, mientras que la sociología actual reconoce que siempre existen elementos irracionales y disfunciones. Además, la costumbre es una creación racional de la sociedad y no meramente espontánea, pues requiere en su elemento espiritual una *opinio iuris* que necesariamente es producto de un esfuerzo racional y autoconsciente de la sociedad que crea la norma. Más aún –continúa el autor–, el Derecho administrativo es, aunque estatutario, un Derecho *relacional*, al igual que todos los

---

<sup>176</sup> COLMEIRO (1876:38): “73.--La costumbre es la cuarta fuente del Derecho administrativo, porque no solamente el derecho consuetudinario suple el silencio del legislador, pero también abroga sus preceptos en virtud de un consentimiento tácito ó expreso. La costumbre es más poderosa en el Derecho administrativo que en el civil, porque las reglas son ménos positivas, los intereses más variables y los accidentes y pormenores más numerosos y complicados. Así sucede con frecuencia que una ley general deje á salvo las ordenanzas y reglamentos particulares de los pueblos.”.



otros ordenamientos jurídicos, y aunque sea el Derecho de una persona concreta, la Administración, no la regula sólo a ella, sino también las posiciones jurídicas de los sujetos con los que se relaciona, especialmente los Administrados, que en ocasiones llegan a participar activamente en la Administración, como en la Administración corporativa de algunas entidades locales<sup>177</sup>. Este es un paso importante hacia la superación de la concepción del Derecho administrativo como un Derecho estatutario, pero sobre esto volveré más tarde. En todo caso, siguiendo una vez más a VILLAR PALASÍ, podemos decir que a través de la costumbre se manifiesta la dimensión empírica o fuerza social del Derecho.

El fundamento de la costumbre en Derecho administrativo español es, en primer lugar, el art. 1.1 CC y su consagración de la costumbre general *praeter legem* (admitida en Derecho administrativo por la STS de 15 de marzo de 1963), pero el ordenamiento administrativo contiene sus propias referencias a la costumbre. El art. 29 LBRL 3. *En el régimen de Concejo Abierto, el gobierno y la administración municipales corresponden a un Alcalde y una asamblea vecinal de la que forman parte todos los electores. **Ajustan su funcionamiento a los usos, costumbres y tradiciones locales** y, en su defecto, a lo establecido en esta Ley y las leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local, y en el mismo sentido se pronuncia el art. 53 TRRL. Lo llamativo no es sólo la referencia a la costumbre, sino su vigencia con preferencia incluso sobre la Ley, lo que permitiría, tal vez, admitir aquí incluso la costumbre *contra legem*. El art. 75 TRRL 4. **Los Ayuntamientos y Juntas vecinales que, de acuerdo con normas consuetudinarias u Ordenanzas locales tradicionalmente observadas, viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de bienes comunales, mediante concesiones periódicas de suertes o cortas de madera a los vecinos, podrán exigir a éstos, como condición previa para participar en los aprovechamientos forestales indicados, determinadas condiciones de vinculación y arraigo o de permanencia, según costumbre local, siempre que tales condiciones y la cuantía máxima de las suertes o lotes sean fijadas en Ordenanzas especiales, aprobadas por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, previo dictamen del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de aquella, si existiere, o, en otro caso, del Consejo de Estado.** Por último, el art. 85 de la Ley de Aguas establece que “Pervivencia de organizaciones tradicionales. Los aprovechamientos colectivos, que hasta ahora hayan tenido un régimen consignado en ordenanzas debidamente aprobadas, continuarán sujetos a las mismas mientras los usuarios no decidan su modificación de acuerdo con ellas. Del mismo modo, allí donde existan jurados o tribunales de riego, cualquiera que sea su denominación peculiar, continuarán con su organización tradicional”.*

Por último, es interesante el ejemplo que aporta VILLAR PALASÍ, que según él incluso permite argumentar un cierto camino hacia la costumbre *contra legem* -aunque esto es cuestionable-

---

<sup>177</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011:81).

pues aunque la antigua LRJAE establecía que las disposiciones reglamentarias del Consejo de Ministros serían denominadas Decretos (art. 24), una tradición jurídica que se remonta a la Ley de 28 de noviembre de 1837, y que se recuperó con la Monarquía a la entrada en vigor de la Constitución, imponía que se les denominara Reales Decretos.

Añadiremos que la STC de 27 de enero de 1994 afirma que la costumbre no puede integrar una norma sancionadora. Según la interpretación del Tribunal Constitucional – completamente sensata, por otra parte-, la expresión “legislación vigente” del art. 25.1 CE es una referencia explícita al principio de reserva de Ley en materia penal, básico en el desarrollo del Estado de Derecho y reconocido desde las Revoluciones liberales incluso en los principados germánicos. Por lo tanto no es una referencia a la Ley en sentido genérico como Derecho vigente (lo que incluiría la costumbre), sino a la Ley emanada de las Cortes Generales (o, podríamos añadir, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas).

De todo esto, basta de momento con extraer una conclusión. La costumbre es norma, norma legítima, a pesar de que no goce del nivel de legitimidad que ostenta la Ley. El imperio de la Ley, hoy, continúa. Pero su punto álgido ya ha pasado. Hoy es necesario reconocer otras fuerzas normativas, privadas muchas de ellas, pero que no vinculan sólo a las partes que las negocian, sino que tienen alcance general, al igual que la costumbre, y que ostentan la legitimidad de ser admitidas por aquellos a quienes se van a aplicar, exactamente igual que la costumbre. El Derecho consuetudinario, por otra parte, reclama desde siempre su puesto en el Derecho público, y especialmente en el administrativo, como bien defendiera COLMEIRO. Pues bien, la actualidad, la propia evolución del Derecho, impone hoy que normas de origen privado y alcance general, consuetudinarias o no, pero casi nunca publicadas en ningún boletín oficial, tengan su lugar en el Derecho público. En otras palabras, en nuestra reflexión sobre la costumbre el lector habrá reconocido muchos de nuestros argumentos en materia de normas supranacionales: identidad entre voluntad y sujeción (identificada con el *animus*) y existencia empírica de la norma como enunciado lingüístico prescriptivo-normativo (*corpus*). De su similitud con la costumbre deriva que el concepto de ésta sea su gran referente, razón por la cual me he detenido en estudiarlo.

## II. LAS RESPUESTAS: LEGITIMIDAD Y LEGITIMACIÓN EN EL DERECHO GLOBAL.

### 1. Estado, Derecho y Sociedad. ¿Una relación ideal o material?

La razón de ser de la pregunta inicial que nos hemos formulado, a saber, cuál es la naturaleza de la legitimidad del Derecho, en un mundo en el que el Derecho supera el fenómeno de lo estatal (sin dejar por supuesto de incluirlo) para alcanzar una dimensión global estriba precisamente en la necesidad de adaptar el concepto de legitimidad a las necesidades conceptuales del Derecho contemporáneo. Atiéndase bien a esto: el concepto de legitimidad, como es obvio y connatural a su propia condición de concepto, no es una producción especulativa, sino un producto histórico heredado. El historicismo se revela de nuevo como un método ineludible en las ciencias humanas. Las vicisitudes de este concepto las recordaremos más abajo, aunque son por lo demás ya muy bien conocidas; lo que nos importa más ahora es recalcar que, si la tarea que nos hemos propuesto es elaborar una teoría de la legitimidad del Derecho global contemporáneo, y esta tarea vamos a abordarla por medio de la legitimación, ambos conceptos, legitimidad y legitimación, pero sobre todo el primero, tienen una carga histórica que llega hasta hoy y que es ineludible tener en cuenta, sin que podamos saltarnos fases de esta evolución a conveniencia.

Puede parecer demasiado obvio lo que estamos diciendo, pero aún así entendemos que merece la pena subrayarlo: podría parecer tentador, por ejemplo, acudir a la noción de legitimidad del Derecho canónico para, directamente, concluir ciertas consecuencias en el Derecho global, pero es que nuestra noción de legitimidad no es la del Derecho canónico; la incluye, ciertamente, pues es un paso en su evolución histórica, pero ignorar los pasos históricos posteriores, y fundamentalmente la ruptura conceptual legitimidad-legalidad, supondría dar un salto en la evolución del concepto que alteraría las reglas naturales del camino en la construcción de los conceptos. Quiérese decir con esto que aunque la legitimidad haya podido dar un paso atrás en la época jurídica inmediatamente anterior a la nuestra (la del legalismo positivista) este paso no puede simplemente ignorarse para recuperar una legitimidad en plenitud de salud, sino muy al contrario, hay que partir de él para elaborar una teoría actual.

Dicho esto, volvamos al origen de la cuestión. ¿De dónde proviene la legitimidad? La respuesta nos lleva a uno de los dogmas más consolidados del Derecho liberal: la separación entre Estado y Sociedad. Por doquier se habla de que la separación es indispensable para que siga vigente el sistema de protección de libertades individuales y los mecanismos de defensa del ciudadano frente al poder público, se dice que la separación ha quedado obsoleta como consecuencia de la implantación del Estado social, o bien simplemente se interpreta muy matizadamente. La posición

que nosotros vamos a mantener aquí es distinta. Antes de preguntar en qué medida la distinción sigue vigente, debemos analizar si ha existido alguna vez, como hecho real contrastado.

Efectivamente, la oposición Estado-Sociedad es de reconocido origen hegeliano. Ahora bien, más allá de las formulaciones más elaboradas, la idea aparece ya desde las primeras obras significativas del pensador de Stuttgart. Nos interesa particularmente, por su descomunal relevancia para la historia constitucional europea, su obra sobre *La Constitución de Alemania*, procedente de una época en la que en Alemania no se planteaba en términos reales la existencia de una Constitución<sup>178</sup>. La distinción Estado-Sociedad tiene una dimensión real sí, pero sólo en un sentido: en un contexto en el que el Estado no existe, o en el que éste es un mero proyecto político (caso de la Alemania en la que HEGEL escribe) de manera que la Sociedad sí que existe como una realidad diferente de su organización político-jurídica. Sin embargo, cuando el Estado existe y tiene plenos poderes, éste subsume en su seno a la propia Sociedad, expresa sus tensiones internas, y se produce una situación de identidad. En realidad, estamos aquí ante una expresión prematura de la tríada de la dialéctica hegeliana, de manera que la separación Estado-Sociedad sería un “desajuste” propio de momentos de cambio histórico que tiende a corregirse mediante la dialéctica y que se consolida en la síntesis entre ambos conceptos. Parece que, para HEGEL, el sino del Estado es siempre existir en síntesis con la Sociedad, de manera que no creemos que su intención haya sido establecer la oposición dialéctica Estado-Sociedad como normalidad, sino como mero estadio<sup>179</sup>. Se derrumba así el dogma liberal de la distinción, que sostiene que ésta debe existir siempre y de forma permanente, porque sería precisamente la oposición Estado-Sociedad la que permitiría a los individuos de ésta última conservar sus libertades, permanentemente amenazadas por el poder creciente del Estado. Este papel debería jugarlo, para ser exactos, la oposición Estado-individuo. Y se desacredita igualmente la pretensión marxista según la cual la distinción no tiene contraste en la realidad material, donde el Estado es mera expresión del poder social vigente. La distinción tiene una naturaleza conceptual<sup>180</sup>, pero ciertamente se verifica en la realidad política en momentos de cambio, para después corregirse. Por eso dice HEGEL que la Alemania de 1802 es un Estado *en idea*, pero un no-ser en la realidad, un Estado *en tránsito*<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> HEGEL, G.W.F. “*Die Verfassung Deutschlands (1800-1802)*”, *Werke in 20 Bänden mit Registerband - 1: Frühe Schriften*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986. Recomendamos seguir igualmente la magnífica versión española del profesor NEGRO PAVÓN, a cuyos comentarios nos referiremos inmediatamente: HEGEL, G.W.F., *La Constitución de Alemania*, Tecnos, Madrid, 2010.

<sup>179</sup> En este sentido, el propio NEGRO PAVÓN en HEGEL (2010:XXXI y ss.) y los que cita.

<sup>180</sup> En esta terminología seguimos de nuevo a NEGRO PAVÓN en HEGEL (2010:XXXI).

<sup>181</sup> HEGEL (2010:114).

Pero aún cabe una apreciación fundamental más, cuando recordamos que en el siglo XIX, evidentemente, el poder social público jurídicamente organizado se identifica exclusivamente con el Estado. Pero la afirmación contraria no es cierta: el poder social público jurídicamente organizado no se expresa exclusivamente en la forma de un Estado, pues éste no es más que un producto histórico concreto. Los intentos de extrapolar su existencia a épocas pretéritas (singularmente, a las formas de organización política de la Antigüedad clásica) no pueden desembocar sino en fracasos, como demostramos en en nuestro excursus sobre el concepto de Estado y territorio (o más bien, la ausencia de ambos) en Roma. A pesar de todo, la dialéctica Estado-Sociedad sigue existiendo. Mejor dicho: la Sociedad sigue existiendo, y está en permanente tensión con el poder público, al que finalmente siempre obliga a adaptarse a ella misma. Ahora bien, si no hay Estado, ese poder público necesariamente será el Derecho vigente, incluso el Derecho vigente caótico, como ha sido en Europa el Derecho medieval. Esto es así porque el Derecho es, al fin y al cabo, la expresión del poder normativo de organización social, en tanto que el Estado no es más que una personificación de ese poder constituido. La legitimidad del Estado es en realidad la legitimidad de las normas que lo constituyen, y no al revés.

He aquí otro error recurrente de las teorías estatalistas de los siglos XIX y XX: la legitimidad del Derecho no hay que buscarla en una norma suprema que organice el resto de normas del Estado, porque este esquema, aunque sea el del Estado, no es necesariamente el de todas las formas de organización social, como resulta obvio de la realidad histórico-jurídica europea, que procede de un Derecho medieval que era ni más ni menos que un crisol normativo, donde diferentes normas o diferentes grupos de normas tenían diferentes legitimidades. Así, incluso en el Derecho canónico la legitimidad divina de las normas podría predicarse de *cada* norma, y no necesariamente de una norma suprema, que la transmitiría a las demás mediante su promulgación por los procedimientos establecidos. Este esquema es nítidamente estatal. En el Derecho medieval conviven múltiples normas de distinto origen, real, nobiliario, consuetudinario, común, canónico y otros, cada uno con su propia legitimidad. Es sólo con la expansión del absolutismo monárquico cuando estas fuentes normativas se centralizan en el Soberano o se expulsan del sistema, proceso que culmina con la imposición del legicentrismo en la Europa de las revoluciones liberales. Aunque para hacer justicia a la historia de la centralización legislativa, hay que admitir que los intentos vienen ya de la Baja Edad Media, como expondremos más abajo en el correspondiente *excursus*.

Siendo así, resulta que el coprotagonista de la dialéctica ya no es necesariamente el Estado, sino que puede ser el Derecho directamente. Esto responde con bastante naturalidad al concepto que los propios juristas tenemos de la evolución del Derecho: la naturaleza de la propias reglas de vigencia

del Derecho, que innegablemente existen en todos los sistemas, ya estemos hablando de Derecho promulgado o de Derecho consuetudinario, cambian con los cambios en el poder social; pero ese cambio no es automático o inmediato, no hay una correlación directa entre el poder social y el Derecho. Eso sólo sucedería si el Derecho fuese realmente eliminado y sustituido por la *mera administración de bienes*, porque entonces sí, un cambio en el poder social implica un cambio en las decisiones de administración y éste a su vez es un cambio inmediato en las reglas de convivencia. Pero este no es un escenario posible: hay un grupo de decisiones demasiado abstractas y *ex ante* como para que puedan dejarse en manos de la mera administración: con el Derecho hay que convivir, necesariamente. El modelo, por tanto, es el de la dialéctica idealista: la Sociedad implica el Derecho, y su distinción es conceptual y no material, pero es que ese nivel conceptual evidentemente es real: cuando cambia el poder social, el Derecho sigue en vigor, y tarda en cambiar y sintetizarse con ese nuevo poder. Esto es cierto incluso para el Derecho consuetudinario, en el que es observable un cambio sólo cuando, con el tiempo, se observa un cambio en las costumbres. El Estado, por lo tanto, es sólo la apariencia bajo la que se presenta el Derecho en un momento concreto de este proceso.

¿A dónde nos conduce esto en términos del debate sobre la legitimidad? Típicamente, se dirá, el Derecho considerado no legítimo será el Derecho anteriormente aceptado, y comenzará a imponerse el nuevo Derecho legítimo, que será el aceptado por el nuevo poder social. En nuestra opinión, esto es correcto sólo en parte. Siguiendo con el -siempre peculiar- ejemplo schmittiano del Derecho canónico, un cambio de contenido en el Derecho canónico, incluso un cambio de paradigma, no es un cambio en su legitimidad -la divina-. Los partidarios del nuevo poder social (en este caso, religioso) argumentarán más bien que el Derecho que ellos proponen se adapta mejor que el anterior a esa legitimidad divina. Aquí se trasluce la distinción que defendemos en la presente obra: la legitimidad debe ser distinguida de la *legitimación*, que es el procedimiento mediante el cual se adapta el Derecho vigente a las estructuras de legitimidad socialmente aceptadas.

Ese procedimiento bien puede ser legislativo (constituyente o no) o judicial, pero en todo caso la legitimidad no está en ningún modo ínsita en la Ley o en las resoluciones judiciales, sino que éstas se incardinan en la estructura de la legitimidad, y naturalmente intentan adaptarse en su contenido a aquélla, sin nunca olvidar que en algún momento existirá un *desfase* entre el Derecho vigente y la concepción de la legitimidad aceptada, que nos recordará la importancia de la distinción conceptual. Legitimidad y legitimación son la verdadera oposición relevante en el Derecho contemporáneo para explicar las relaciones jurídicas del Derecho global, porque nos sirven para juridificar la estructura de las normas supranacionales: la incardinación de éstas en la estructura de la legitimidad democrática exige un procedimiento de legitimación, exactamente igual que en el

Derecho canónico una nueva norma exige un procedimiento de legitimación que fundamente su comunión con la legitimidad divina, un procedimiento que, insistimos, puede ser legislativo o judicial, pero que en todo caso incluye un aparato justificativo motivado, jurídico o metajurídico. Este proceso siempre es *ex post*, es decir, que se justifica la incardinación de la norma en el sistema jurídica cuando la norma ya existe idealmente, exactamente igual que en el modelo hegeliano, cuando se justificaba la realización del Estado en la idiosincrasia de la Sociedad que debía integrar, y se afirmaba que éste idealmente ya existía. Este proceso de adaptación *ex post*, en el caso de las normas supranacionales, a día de hoy sólo puede producirse de una manera, a nuestro entender: la asunción por vía judicial de las normas en el sistema, “purificándolas” para que asuman los principios jurídico vigentes en el sistema mismo, según la legitimidad que éste acepte. A día de hoy, este proceso de legitimación sólo puede ser, naturalmente, estatal.

Ahora bien, para entender plenamente las relaciones entre Estado y Ciudadano en el siglo XXI, tenemos que realizar dos aclaraciones. En primer lugar, el poder, como regla general, pero aún más en el siglo XXI, es una realidad fragmentaria. Esta premisa es fundamental para comprender el orden jurídico global (o más bien, el desorden). No existe un sujeto que ostente todo el poder, sino un conjunto diverso de sujetos, cada uno con su cuota o parcela de poder, *de iure* o *de facto*. Incluso los Parlamentos democráticos tienen que asumir que su poder es limitado a veces, frente a sujetos supranacionales que pueden ser ciudadanos corporativos, y sencillamente inversores. Todos tenemos en mente incluso experiencias refrendarias que se ven frustradas por poderes externos. En el orden jurídico contemporáneo es difícil dejar de asumir que todas las posiciones de poder son relativas, y que siempre existe un contexto dado en el que un individuo, un grupo, una corporación o incluso un Estado democrático de Derecho pueden estar en una posición de inferioridad, incluso inducida por ellos mismos, voluntariamente o no. Así, es obvio que una posición de deudor es siempre una posición de inferioridad. Ahora bien, la resolución del conflicto de esta posición de deudor con la de legislador, o la de ejecutor de la Ley, o sencillamente con la voluntad soberana, es el gran enigma del Derecho global, y por ende del siglo XXI. En lo que no hay enigma es en que el poder es necesariamente fragmentario y no pueden existir titulares absolutos del poder, ni siquiera en un territorio delimitado, y de ahí el fin del poder del Estado-Nación como lo conocimos en los dos siglos anteriores.

La segunda de estas aclaraciones es que, aunque estamos acostumbrados a concebir el interés público y el interés particular como opuestos, en realidad esta es una concepción errónea. Siguiendo con el hilo del párrafo anterior, no existe ya una oposición entre poder del Estado y sometimiento del súbdito, luego administrado y finalmente ciudadano, sino un mosaico fragmentario de poderes

que coexisten y colisionan. Así, el poder del Estado, si está democráticamente legitimado, tendrá una cierta participación del ciudadano, que por lo tanto tendrá una cierta cuota de poder, al tiempo que el propio carácter burocrático del Estado Administrativo atribuirá poder *de facto* a un funcionario (paradójicamente legitimado por el propio Ciudadano) que lo empleará contra aquél; y en lo que respecta a la defensa de su propio interés privado, el Ciudadano puede tener algún poder, mucho o ninguno, dependiendo del contexto. La asunción de que tenemos dos grupos de intereses estancos, el público y el privado, es una ficción jurídica útil para explicar el Estado Administrativo clásico, pero una realidad pluralista nos obliga a abandonar dicha ficción. Lo que hay en todo ejercicio del poder es un conjunto heterogéneo de intereses sustentado en un conjunto heterogéneo de poderes *de iure* y *de facto*, que surgen de forma natural en una Sociedad, y que no son sencillamente reconducibles a un esquema de oposición Estado-Sociedad. Ahora bien, para racionalizar el debate jurídico, sí que es necesario reconducir ese conjunto de intereses a dos, el público y el privado, pero no en el sentido de que sean dos intereses irreconciliables, de manera que uno debe prevalecer sobre el otro. Recuérdese que el ciudadano privado participa del propio interés público.

El objetivo tanto de la acción administrativa como de la jurisdicción revisora, en nuestra opinión, puede reconducirse siempre a una definición del propio interés público, que debe incluir en sí mismo el interés de la Sociedad y el del Ciudadano, y no decidir sobre una prevalencia de uno u otro en cada caso. Por eso no es lo mismo hablar del interés social, que sería aquél favorable a determinadas medidas que podríamos calificar como “sociales” -y que no tiene más relevancia aquí aparte de ser un interés en juego más-, el interés de la Sociedad y el interés público. Por expresarlo en un ejemplo muy breve, en un conflicto jurídico-administrativo en el que se impugna un acto al que se imputa la violación de un derecho fundamental del Ciudadano-administrado, el interés de la Sociedad está representado por la voluntad de la Administración plasmada en el acto, el interés del ciudadano es naturalmente la defensa y si es posible, la restitución de su derecho, y el interés público se construye teniendo ambos en cuenta y adoptando una decisión final en la que el resultado sea una decisión que satisfaga en el máximo grado ambos intereses. No importa que esto se realice mediante una ponderación, ni que el resultado caiga de uno u otro lado. El interés público se constituye al haber adoptado una decisión que tiene en cuenta todos los intereses (es decir, en el esquema jurídico simplificado, ambos intereses) y no sólo los de una parte, aunque la resolución es necesariamente favorable a una parte y no a la otra. Veamos a dónde nos lleva este planteamiento en términos de la discusión legitimidad-legitimación.



## 2. ¿Legalidad y Legitimidad, todavía?

Aunque el debate que hemos abordado en esta obra constituye una contraposición entre Legitimidad y Legitimación que es, creemos, la oposición vigente para entender el Derecho contemporáneo, no podemos ignorar que, en el Estado liberal-social de Derecho, en cuyo ámbito nos encontramos, la oposición más común se ha producido entre Legalidad y Legitimidad. Sobre esta dialéctica ya se han escrito ingentes parrafadas, a las que no queremos añadir nada nuevo, particularmente teniendo en cuenta que la vigencia de la distinción, en nuestra opinión, se va agotando, aunque curiosamente el interés por ésta (que es muy reseñable en la opinión pública y la crítica política actual) se ha revivido, si bien sufre de una cierta sobredimensión.

También obviamente, la oposición Legalidad-Legitimidad nos lleva de nuevo, tal vez más que nunca, a SCHMITT<sup>182</sup>. Entendemos que, en la oposición entre Legitimidad y Legalidad, se han producido históricamente dos oposiciones distintas. Una es la auténtica contraposición, que nace sin duda alguna en la restauración borbónica en Francia en 1815, cuando a la legalidad impuesta por el legislación revolucionaria y napoleónica, y singularmente el *Code Civil* de 1804, se contraponen la legitimidad histórica de la Monarquía. Y la otra es la contraposición dogmática, que se reintroduce recuperando esta distinción en Alemania en la primera mitad del siglo XX, por obra especialmente de WEBER y SCHMITT, en sentidos diferentes, pero en todo caso como reacción frente al positivismo. Es por lo tanto una contraposición de dos significados: el real, en el que se intenta imponer un positivismo legalista frente a las justificaciones de la legitimidad del poder en el Antiguo Régimen, y el dogmático, en el que se intenta recuperar el anclaje del Derecho positivo en una realidad *extralegal*, aunque jurídica, o mejor dicho, sólo extrajurídica desde el punto de vista del positivismo legalista.

En cuanto a la primera WEBER, en su análisis de las tres legitimidades del poder que identifica, encuentra que la legitimidad cumple sociológicamente una función de *autolegitimación*. Es así sin duda en todas las legitimidades, incluido el legalismo democrático. En esto se equivoca el positivismo kelseniano, precisamente. Así por ejemplo, un introductor de KELSEN en España, LEGAZ Y LACAMBRA, ha dicho que el principio de legalidad consiste en “atenerse a la regla de Derecho dictada por las autoridades competentes” pero a condición de que la regla de Derecho cumpla con “las prerrogativas que todo ser humano merece por el hecho de serlo”, de tal manera que la legalidad cumpliría su función de “objetivizar” la legitimidad, de manera que la legalidad

---

<sup>182</sup> Evidentemente, la cita correspondiente es SCHMITT, C. (1968): *Legalität und Legitimität*, 2ª ed, Berlín: Duncker & Humblot, versión en español en SCHMITT, C. (1971): *Legalidad y Legitimidad*, Madrid: Aguilar. Véase también LEGAZ Y LACAMBRA (1961): *Filosofía del Derecho*, Barcelona: Bosch, especialmente pág. 578 y ss. y LEGAZ Y LACAMBRA (1958): “Legalidad y Legitimidad”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 101, págs. 5-23.

implicaría un elemento material: la legalidad será, por lo tanto, la legitimidad misma<sup>183</sup>. La imposible admisibilidad de esta teoría es evidente. La legalidad, por mucho que queramos, es un conjunto de normas válidas, que sólo puede tener su legitimación fuera de la propia legalidad, y sabemos muy bien que esa legitimidad de la legalidad finalmente nunca se hace depender del contenido de la norma, y si se impone tal dependencia, entonces se le niega la legitimidad a la legalidad misma, y se deposita ésta en el contenido que se considera legítimo. Por este motivo se acude siempre necesariamente a la justificación legitimadora del conjunto del sistema, bien mediante la legitimidad de la *Grundnorm* (que como se le ha criticado a KELSEN hasta el hastío, no puede estar en el propio sistema legislativo vigente) bien, en el caso de autores españoles de formación católica, a una legitimidad de raíz tomista fundada en la Ley natural existente presuntamente como una Ley distinta de la positiva.

Así, el propio LEGAZ nos lleva a una cita de GIL ROBLES, donde afirma que “la legitimidad de cualquier institución es su conformidad con la ley *en toda la extensión de la palabra*, y por lo tanto, con la ley divina, natural y positiva, y con la humana, ya consuetudinaria, ya escrita”<sup>184</sup>. Si el positivismo jurídico de por sí ya nos dejaba sin respuestas sólidas sobre el origen de la legitimidad del poder legislativo, esta mezcolanza entre escolástica contrarreformista, iusnaturalismo grociano, legalismo burgués decimonónico y costumbre popular resulta sencillamente inmanejable. ¿Dónde está la legitimidad en la confluencia de doctrinas jurídicas y sistemas de normas tan distintos que pueden llegar a contradecirse?

En realidad, la pregunta no es si la autoafirmación de la legitimidad le sirve al poder para autolegitimarse socialmente (esto es obvio), sino por qué la sociedad admite esa legitimación. WEBER ha respondido a esta pregunta exclusivamente con su análisis sociológico (la sociedad reconoce la legitimidad por su origen tradicional, burocrático o carismático), pero ese análisis asume que todas las normas son siempre públicas, en el sentido de normas que tienen eficacia siempre sobre todos los sujetos de la sociedad. El Derecho supranacional nos muestra, sin embargo, como sus normas son socialmente aceptadas (asumiendo la existencia de una sociedad global) pero esto no se corresponde, como ha pretendido KINGSBURY<sup>185</sup>, con una norma hartiana de reconocimiento global, es decir, con un reconocimiento social global que dota de eficacia a la norma frente a todos. El reconocimiento es recepticio, se produce caso por caso, cuando el sujeto al que va a aplicársele la norma la admite como propia. De esta forma, la necesaria *autolegitimación* del Derecho global no se

---

<sup>183</sup> LEGAZ Y LACAMBRA (1961:582).

<sup>184</sup> GIL ROBLES, E. (1902): *Tratado de Derecho Político*, Salamanca. Citado por LEGAZ en (1961:582) y (1958:8).

<sup>185</sup> KINGSBURY, B. (2009): “The Concept of “Law” in Global Administrative Law”, IILJ Working Paper 2009/1.

dirige a garantizar la eficacia de sus normas frente a la sociedad, sino el mero reconocimiento de éstas como vigentes y susceptibles de recepción. O dicho de otro modo, los sujetos obligados que se aplican estas normas a sí mismos, otorgándoles así la eficacia directa que tienen las normas tradicionales del Estado, son parte indispensable del procedimiento de legitimación que permite a las normas supranacionales alcanzar un grado de legitimidad completo. Así, la legitimidad de estas normas puede ser, en términos weberianos, burocrática, porque se reconoce la competencia técnica de los organismos que han elaborado las propias normas y esto es lo que garantiza la legitimidad de aquéllas frente a la sociedad a la que van a aplicarse, pero la legitimación, es decir, la asunción por los sujetos que sufren los efectos de aquellas normas (que en última instancia podrán ser todos los ciudadanos a nivel global) de la eficacia de éstas, sólo se logra mediante un proceso complejo en el que unos sujetos “receptores” de las normas ejercen de intermediarios, al aplicarse dichas normas a sí mismos.

Lo que hemos querido demostrar en las líneas inmediatamente anteriores es, sencillamente, que la legitimidad es externa a la norma jurídica, como resulta obvio en el Derecho supranacional o global. No hay posibilidad de seguir contraponiendo legalidad y legitimidad en tiempos de crisis de la legalidad misma. La legalidad, en el mejor de los casos, es hoy un conjunto de normas estatales de distinta eficacia (a menudo extraterritorial), Derecho Internacional Público y normas supranacionales recepticias, es decir, opcionales, pero eficaces una vez que se reciben, y en todo caso legitimadas por la asunción del buen hacer burocrático de sus autores, que incluso “simplifican” la labor legislativa del Estado. La contraposición hoy debe hacerse entre legitimidad (el origen de la asunción social de esa legitimidad es sin duda burocrático) y legitimación (el procedimiento mediante el cual se acepta definitivamente esa legitimidad para dotar a las normas que se amparan en ella de plena eficacia potencialmente ejercitable frente a todos los sujetos personas físicas o jurídicas del globo). Este paso no puede darse en dos puntos fundamentales del procedimiento de legitimación: la recepción de la norma por parte de los sujetos que van a aplicarla, y la aceptación de su aplicabilidad por parte del Juez nacional.

*EXCURSUS II.* Enrique II de Castilla como inventor de la modernidad<sup>186</sup>.

Según lo que resulta de nuestras razones anteriores, nos enfrentamos a un cambio de paradigma en el centro de gravedad de la legitimidad contemporánea, aunque ciertamente no a un cambio en la naturaleza de la propia legitimidad, por cuanto ésta sigue siendo, en términos weberianos, burocrática. De esta forma, la burocracia como fenómeno intraestatal, primero dependiente de la estructura de poder de la Monarquía, y luego de la del Estado-Nación, integrada en todo caso por funcionarios nacionales procedentes de la propia sociedad civil del Estado gobernado, deja paso a una burocracia supranacional y deslocalizada, sin conexión con los intereses y necesidades de los Estados en los que sus normas van a tener vigencia, y menos aún de sus sociedades, si bien con un importantísimo perfil técnico.

Ahora bien, para entender cómo se produce este cambio, necesitamos conocer cómo surge el modelo burocrático clásico, y a su vez de dónde procede éste. No hablamos aquí de elaborar una historia de la burocracia; nos referimos a la superación de la estructura social germánica fundada en la *Sippe* germánica imperante en el feudalismo medieval, y que a nuestro entender encontraba su máxima expresión en la detentación de todo el poder directivo del reino por parte de la familia real. Esta es la situación predominante en la Alta Edad Media en Castilla. El poder queda permanentemente en manos de la Familia Real; en la Familia Real está el gobierno y está la oposición, por emplear estos términos anacrónicos. Y desde luego, en la Familia Real recaen las grandes responsabilidades directivas del Reino; el tejido de poder inferior a la propia Corona, integrado por sujetos surgidos de la propia sociedad (aunque sean exclusivamente sus *ricos hombres*) es siempre dependiente de las facciones en las que en cada caso se divide la Familia Real misma. De esta forma, en esta época la nobleza no tiene una posición propia, sino que se alía bajo la dirección de uno u otro bando de la propia Familia Real, sin formar un grupo con interés político propio<sup>187</sup>.

Pero algo comienza a cambiar en el siglo XIV. En este contexto, sucede una bien conocida Guerra Civil castellana. El contexto histórico de esta guerra es bien conocido, y no es necesariamente central para justificar nuestro interés en él. En el curso de lo que fue realmente un conjunto de guerras civiles discontinuas que mantuvo frente a su hermano el Rey Pedro I de Castilla, en las que el futuro Enrique II de Trastámara contendió el trono con éste, habitualmente apoyando las

---

<sup>186</sup> Sobre esto, en general, *vid.* PASCUAL MARTÍNEZ, L. (1973): “La Cancillería de Enrique II de Castilla”, *Miscelánea Medieval Murciana*, n. 1, págs. 177-202; LADERO QUESADA, M.A. (1992): “Las regiones históricas y su articulación política en la Corona de Castilla durante la Baja Edad Media”, *La España Medieval*, n. 15, 213-247 - Editorial Complutense, Madrid; LADERO QUESADA, M.A. (1998): “La Casa Real en la Baja Edad Media”, *Historia. Instituciones. Documentos*, n.º 25, págs. 327-350; LADERO QUESADA, M.A. (1997): “La situación política de Castilla a finales del siglo XIII” *Anales de la Universidad de Alicante. Historia medieval*, n.º 11, págs. 241-264.

<sup>187</sup> LADERO QUESADA (1997:251).

campañas militares del Reino de Aragón frente a aquél, éste fue proclamado Rey de Castilla primeramente en Calahorra en 1366, y pudo reinar ya sin contestación desde la definitiva batalla de Montiel en 1369. A partir de aquí, se inicia una fructífera etapa de reformas que pondrá las bases de las instituciones que más tarde vemos consolidadas en la Monarquía Hispánica. Eso sí, para alcanzar esta victoria, Enrique II necesita contar con la mayor parte de la nobleza castellana, por vez primera reunida en un bando con intereses propios y bien definidos, y por primera vez con capacidad de negociación independiente de la de un miembro de la realeza, del que no tienen necesariamente que hacerse dependientes. El resultado son unas numerosísimas concesiones y prebendas a estos nobles fieles, que se prolongarán a lo largo de todo el reinado, las celebérrimas *mercedes enriqueñas*. Gracias a las *mercedes*, las familias de la alta nobleza castellana, y probablemente no pocas de la mediana, ascienden a una posición económica y política de tal magnitud que ya no necesitarán depender del favor de un miembro de la Familia Real, sino que en adelante podrán defender sus propios intereses como grupo, provocar incluso ellos mismos las guerras civiles (o al menos, ser decisivos) y por supuesto copar todos los puestos en la alta Administración, más incluso que antes.

Hasta aquí hay pleno acuerdo en la historiografía. Pero hay una cuestión que, en nuestra opinión, ha pasado desapercibida. Hay algo en las *mercedes* que implica un cambio de paradigma, aunque por supuesto los cambios sean siempre paulatinos, y en el caso que tratamos probablemente el cambio tarda siglos, pero no por ello deja de reflejarse con cáustica claridad en dichas *mercedes*. Lo que a los ojos de un coetáneo del siglo XIV, y también ciertamente de un observador inocente de la época contemporánea, no son más que prebendas a determinados sujetos que han apoyado al Rey en una guerra civil que le ha dado acceso al trono (algo que en principio entra dentro de lo normal en la dinámica de las fuerzas políticas medievales) en realidad esconden un cambio jurídico que, siguiendo el esquema hegeliano, sigue a un cambio social y reconcilia la dialéctica Estado-Sociedad (discúlpese el anacronismo por nuestro afán explicativo) adaptando el primero (más propiamente, el ordenamiento jurídico y el juego político-económico que éste configura) a los cambios del segundo. Veamos por qué.

Nuestra explicación a estos hechos históricos, confesadamente *sui generis*, es la siguiente. La Casa de Borgoña en Castilla se había mantenido en una estructura social propia del feudalismo más clásico, en la que la Casa Real ocupa no sólo el trono del Reino, sino la mayoría de los puestos de poder asimilables de algún modo a una Administración moderna. Hablar de la alta nobleza en esta época es casi siempre hablar de sujetos de la propia Familia Real, en sentido amplio, por supuesto independientemente de que su filiación sea legítima o no. Así por ejemplo, hablar del noble más

poderoso del reinado de Alfonso XI es hablar de Don Juan Manuel (sobrino de Alfonso X) o de Felipe de Castilla (hijo de Sancho IV de Castilla y nieto de Alfonso X) o de Juan de Haro *el tuerto* (nieto de Alfonso X). Esta es, entendemos, la situación normal del Reino: el poder está y se disputa siempre en manos de la propia Familia Real, en tanto que el resto del reino, incluida (de hecho, comenzando por la alta nobleza) forma alianzas con uno u otro bando de la propia Familia Real. Naturalmente, al jurista no se le escapa de qué estamos hablando: de una estructura de poder de Derecho germánico y fundada en la estructura familiar o de la *Sippe*. En un Derecho que organiza la sociedad en familias, el líder de la sociedad es a su vez el líder de una familia, de manera que su familia a su vez, lidera al conjunto.

Pues bien, esto es lo que cambia en el siglo XIV, y he aquí el nuevo orden social que reflejan las *mercedes*. La publicación del Derecho germánico que es, a nuestro modo de ver, la esencia jurídica del Feudalismo, es superada por una sociedad en la que las familias desvinculadas de la propia Familia Real reclaman su parte de poder político y económico. La alternativa al reinado de Pedro I será su hermano bastardo Enrique, y la Casa de Borgoña dará paso a la Casa de Trastámara, manteniendo en el nivel máximo de poder, la Corona, una estructura germánica; pero inmediatamente debajo, las fuerzas sociales del Reino, tradicionalmente difusas y manipuladas por la propia Casa Real reinante, aparecen ahora como una fuerza social coherente y capaz de imponer su propia fuerza política. Ellos mismos son una nobleza de casas o familias, pero es que la clave no es la eliminación de los rasgos germánicos en el Derecho (que obviamente sobrevivirán durante muchos siglos en el Derecho europeo hasta el día de hoy) sino la superación de una estructura del poder superada por una sociedad que se abre paso bajo el poder de la propia Familia Real. Desde el momento en que Enrique II de Trastámara no es capaz ni de alcanzar ni de mantener el poder sin el apoyo de la mayor parte de la nobleza, el poder omnímodo de la Familia Real ha terminado. Este poder nunca fue posible sin apoyos, por supuesto, pero cuando esos apoyos se fundaban en una nobleza disgregada y voluble, los sujetos (o las familias nobiliarias) no ejercían un poder propio y eran fungibles para el bando que buscaba su apoyo: un sujeto o una familia noble infiel puede ser sustituida por otra fiel. Una nobleza mayoritariamente unida en sus intereses no puede ser sustituida. Sólo puede ser recompensada, o lo que es lo mismo, sólo puede reconocerse *ex post* su poder social juridificando su prominente posición. En el caso del Derecho medieval, esta juridificación se realiza mediante privilegios.

Esta situación tiene su ironía, porque precisamente lo que ha destacado la historiografía medieval sobre los siglos XIII a XV (en los que el reinado de Enrique II de Trastámara ocupa un papel importante) es el debilitamiento de la nobleza frente al reforzamiento del poder real. Sin embargo,

ambas realidades no son incompatibles, aunque a primera vista parezca lo contrario. La creciente consolidación del poder real sigue el camino de elevar al Rey a la figura del soberano moderno que luego construirá BODINO, un soberano con una Familia Real ciertamente, pero en la que el Rey es ya el soberano de un Estado moderno, en el que bajo él y su misma familia ya hay una complejísima red de poderes a todos los niveles, con sus propias dinámicas, que ya no son dependientes de los vaivenes de su propia Familia. El Rey, por expresarlo así, pasa a ser un *paterfamilias formal* del Reino.

Y por supuesto, en este nuevo esquema las familias de la alta nobleza conservan el poder alcanzado. Por ejemplo, no cabe decir que el poder alcanzado por las familias que se benefician de las mercedes enriqueñas es luego doblegado con la consolidación del poder real desde la segunda mitad del siglo XV. Al contrario, sabemos que esas familias nobiliarias son precisamente las que ya coparán por siempre la nobleza castellana, con rarísimas excepciones, las que se beneficiarán luego de las primeras *grandezas*, las que a través de matrimonios acumularán poder a lo largo de los siglos sin ser nunca desbancadas. A través de las *mercedes* esta nobleza antaño mediana ha logrado hacerse indispensable, se ha apoderado mayoritariamente de la Administración y se ha elevado a una posición de la que sólo otros, que vengan de más abajo que ellos, podrán desbancarles. En el futuro, esta alta nobleza irá cediendo ese poder administrativo a otros grupos que presionarán desde abajo (los hidalgos, los judíos, los doctores y licenciados universitarios) conservando los puestos de mayor influencia, pero en ningún caso tal poder será recuperado por la Familia Real. Este ciclo histórico de toma de poder de grupos sociales inferiores se cerrará, naturalmente, cuando dicho poder sea asumido por la Nación, pero para eso falta aún mucho tiempo, y por supuesto esto no sucederá en Castilla, sino en Francia. Pero como bien sabemos, esta es otra historia.

Llegados a este punto del *excursus*, el lector se preguntará, legítimamente, a dónde y queremos llegar. Es más sencillo de lo que parece. En primer lugar, era necesario destacar un hecho histórico que, aunque es tratado habitualmente como un suceso específico enclaustrado en una época concreta y ya muy superada, la Baja Edad Media, en realidad a nosotros nos parece un hito fundacional de la historia jurídico-política de Europa. Sí, dicho en estos términos parece exagerado. ¿Tantas veces se ha tratado de las mercedes enriqueñas, y se había pasado por alto que cambian la historia de Europa? Para entender esto, es necesario comprender que estamos hablando desde un punto de vista de la doctrina jurídica. La visión que nosotros damos no es la puramente histórica (en este aspecto nos hemos basado en un relato consolidado) y ni siquiera la histórica del Derecho propiamente dicha, sino que es una interpretación de un cambio social, primero, y de una evolución jurídica, después. Tampoco planteamos que este cambio sea luego reproducido en otros reinos europeos. El hito no es tanto histórico, que también, como jurídico: tras siglos de

institucionalización del Derecho germánico, un grupo social, el de la alta nobleza, es capaz de exigir prerrogativas propias, y no en un ámbito local o regional, sino en el gobierno del propio reino. Cuando esto sucede ya estamos fuera del ámbito del Derecho germánico, y por lo tanto también estamos fuera del orden social que habíamos conocido durante siglos (aunque por supuesto, repetimos, los cambios son paulatinos).

En segundo lugar, y si el *excursus* parece excéntrico ya como reflexión en sí, debemos aclarar la importancia capital que tiene para el Derecho global. ¿Un suceso de la Castilla del siglo XIV, clave para el Derecho global del siglo XXI? Pues en nuestra opinión, efectivamente es así. Porque lo que encontramos en las mercedes enriqueñas es un cambio social que se juridifica, y sobre todo una evolución en la legitimidad del poder, hacia la legitimidad burocrática. ¿Nace la legitimidad burocrática moderna con las mercedes enriqueñas? Tal vez no nace aún como tal, pero su germen está. Y está porque todo el poder ya no recae en unos sujetos (la Familia Real) cuya legitimidad es exclusivamente tradicional (o carismática en las épocas en las que se enfatiza el elemento de origen divino del poder real), sino que participan en él sujetos que surgen de la propia sociedad, a través del ejercicio de cargos administrativos de poder. Nace así el paradigma burocrático, en el que aún estamos inmersos. A partir de aquí, otros sujetos no pertenecientes al ámbito de la legitimidad tradicional de la Familia Real comenzarán a adquirir poder siguiendo la brecha abierta por las mercedes, consolidándose como poderes sociales propios y ejerciendo su propia presión política.

Pero he aquí la tercera pregunta: si afirmamos que el paradigma de la burocracia estatal está en trance de superación ¿qué sentido tiene la pregunta sobre sus inicios? Pues bien, se descubre ahora la razón de ser del presente *excursus*. Precisamente porque necesitamos conocer el inicio, el punto de ruptura en el que nace el paradigma en el que nos encontramos, para entender también su cambio. La legitimación burocrática comienza a esbozarse desde el momento en que sujetos ajenos a los mecanismos de legitimación de la propia monarquía se incorporan a la Administración adoptando una cierta cuota de poder, y se consolida cuando al albur de este cambio entran también a ocupar cuotas de poder sujetos de grupos sociales sucesivamente inferiores en su posición estamental. Pues bien, este es el proceso que ahora vemos evolucionar, en un punto crucial de la historia de la Administración. El poder de administrar se traslada paulatinamente a niveles supranacionales, controlados por un grupo social menos homogéneo, en el que los sujetos son más bien personas jurídico-privadas cuya acción tiene alcance global. Estas personas jurídicas, que se caracterizan por un alto nivel de especificidad técnica y, por lo general, por conservar el ánimo de lucro, o al menos, si no tiene ánimo de lucro ellas mismas, por pertenecer a sector económicos que sí que lo tienen, llevan ya unas décadas aumentando su poder, gracias a una práctica de elaboración de normas



técnicas en los sectores en los que se especializan, que aunque no gozan de eficacia por sí mismas - por no emanar de un sujeto jurídico-público con legitimidad propia en el Derecho Internacional- sí que acaban gozando de eficacia global. Este cambio de paradigma de la posición de poder de la Administración, sin embargo, no debe descentrarnos: nos encontramos todavía en una legitimidad burocrática, a la que se incorporan ahora un nuevo grupo de actores que, eso sí, por su naturaleza jurídico-privada, su personalidad jurídica corporativa y su carácter supranacional y global son capaces de cambiar las dinámicas de esta legitimidad, como tradicionalmente la hemos conocido.

Este era el objetivo del presente *excursus*: explicar al lector como, de la misma forma que el origen de la legitimidad burocrática estatal en las postrimerías de la Edad Media europea permite evolucionar a sus entidades políticas desde el paradigma del reino o feudo familiar al del Estado burocrático, el cambio de paradigma *del poder* actual nos lleva desde el Estado burocrático de servicios a la Administración técnica global, en la que el papel del Estado deberá replantearse, siempre dentro de la vigencia de la legitimidad burocrática. De nuevo en la historia, un cambio en los sujetos titulares del poder implica un cambio en la estructura del poder público, y por lo tanto en la Administración, cuyo camino parece ser el de la privatización de sus titulares y su disgregación sectorizada a nivel supranacional. De momento, nos basta con subrayar el cambio y justificar así el pluralismo jurídico global, como una asunción de poder normativo y administrativo por parte de unos nuevos sujetos, los ciudadanos corporativos, que definiremos más abajo.

### 3. Legitimidad y Legitimación: de la sociología del Derecho a la dogmática jurídica.

Ha llegado el momento de abordar pues el problema central de nuestro estudio. El Estado liberal de Derecho contrapuso los conceptos de legalidad y legitimidad, de la manera que ya hemos explicado. Ahora bien, agotado el sistema de legalidad positivista, y ante la realidad de un nivel supranacional de Derecho, que no se funda en ningún sistema de legitimidad legal democrática, es necesario elaborar un nuevo paradigma de la legitimidad jurídica.

El punto de partida que nosotros proponemos es la superación de la contraposición legalidad-legitimidad, para sustituirla por la contraposición legitimidad-legitimación. Esta nueva contraposición supera a la anterior en dos sentidos: en primer lugar, recupera la legitimidad como el elemento primero del análisis jurídico, el punto de partida de todo el Derecho, en lugar de la situación de relegación que se le imponía frente a la legalidad en el positivismo; y en segundo lugar, pone el acento no en el respaldo soberano de las normas jurídicas prevalentes en el sistema (tal era el objetivo del legalismo) sino en el *procedimiento* de asunción de las normas por parte de los sujetos

que deben responder de su cumplimiento. Tal sería la legitimación, un procedimiento por el que los sujetos a los que las normas supranacionales van a ser aplicadas las asumen como propias, asumiendo así también su legitimidad. De esta forma, resulta que en el legalismo positivista legitimidad y legitimación estaban estrechamente unidas: la legitimidad democrática del sistema implicaba la legitimación de cada una de sus normas, siempre que hubiesen sido aprobadas por el procedimiento establecido. La oposición se daba con la legalidad porque el problema estaba en asumir que ese producto normativo válido del sistema no mentía con la forma de legitimidad que respaldaba al conjunto del ordenamiento. Es decir que, debido a la inusitada fuerza que en el Estado de Derecho liberal se daba a la legalidad, acababa por verse la legitimidad en la legalidad misma, lo cual no sólo es erróneo, como ya demostró SCHMITT, sino que crea un potencial conflicto entre esa presunta legitimidad legal de cada norma y la legitimidad del sistema como conjunto, y de ahí la contraposición legalidad-legitimidad, a nuestro entender.

Pero en el contexto del Derecho global el problema es otro. Las normas supranacionales están tan alejadas de la legitimidad democrática que ya no se cuestiona que las normas en sí puedan gozar de una legitimidad democrática (que es obvio que no tienen) ni por supuesto podemos permitirnos contraponerlas a la legitimidad misma. Decaída la Ley como norma positiva con una supuesta legitimidad propia, o como portadora única de la verdadera legitimidad, ya ninguna norma, y desde luego ninguna supranacional, puede reclamar ese papel de “portadora de la legitimidad”. Las normas de la era contemporánea global del Derecho son demasiado débiles para esto: necesitamos recurrir de nuevo a una Legitimidad extrasistémica, pero jurídicamente dogmatizable, que respalde al sistema en su conjunto. Por otra parte, a nosotros no nos cabe duda de que a pesar de estos cambios de paradigma, seguimos en la era de la legitimidad burocrática, que es la que subyace en las normas supranacionales. Cómo no iba a ser así, si precisamente éstas se justifican principalmente en su carácter técnico y especializado. Está claro, a nuestro entender, que las administraciones estatales están siendo progresivamente sustituidas por administraciones supraestatales globales, pero esta legitimidad es innegablemente burocrática.

Lo que suscita más dificultades en el Derecho global es su legitimación, es decir, el procedimiento por el que esa legitimidad *ex ante* se transforma en la legitimidad *ex post* de cada norma concreta. Para completar este proceso, ya no basta con el procedimiento legislativo tradicional ni con los mecanismos judiciales de aplicación e interpretación del Derecho. La norma supranacional, una vez que es emanada de los sujetos privados supranacionales que la crean, debe ser adoptada por el sujeto obligado que va a aplicarla, y a su vez admitida por un órgano del Derecho estatal para garantizar su aplicación territorial. Aquí el Juez tiene una posición central e irrenunciable, que

consistirá en examinar la conformidad de la norma con los principios constitucionales del Derecho interno, y decidiendo su admisión o no dentro del sistema, y en su caso imponiendo una interpretación conforme con el Derecho interno. Es decir, en el Derecho global el Estado tiene un papel fundamental, pero ya no como legislador único sino como garante del control de la aplicación de las normas supranacionales. Esta posición de garante se fundamenta en que el Estado conserva aún la exclusiva del poder territorial, luego la aplicación territorial de estas normas requiere el consentimiento del Estado en que van a aplicarse. Y en este proceso, entendemos que el papel clave ya no es tanto el del legislador, sino el del Juez, que deberá examinar la norma supranacional para someterla a los principios jurídicos exigidos por su poder constituyente. Toda esta estructura será examinada con detenimiento en otra obra; lo que nos importa resaltar aquí es exclusivamente que todo este procedimiento complejo, muy diferente de la mera aprobación de normas estatales que rige en el legalismo jurídico, es el procedimiento de legitimación de cada norma en cuestión, de forma que la legitimidad burocrática abstracta se concreta en una legitimidad burocrático-democrática concreta en cada norma.

Ahora bien, hay que advertir también que no todos los autores han compartido nuestro concepto de la legitimación como *procedimiento*. En la Filosofía del Derecho suele asociarse la legitimación con un fenómeno de sociología del Derecho. Por ejemplo, el maestro Elías DÍAZ ha contrapuesto ya legitimidad y legitimación, pero no como una contraposición paradigmática de nuestro Derecho que sustituya al binomio legalidad-legitimidad, sino sencillamente como conceptos distintos en términos de eficacia jurídica. De esta manera, legitimación “alude al hecho social de la aceptación o no de la legitimidad”<sup>188</sup>. La legitimación sería un concepto propio de la sociología jurídica, el reflejo del hecho social de la efectividad del Derecho, una “legitimación efectiva”, distinta tanto de la “legitimidad jurídica legalizada” y de la “legitimidad crítica” como fundamento de la justicia, que además podría predicarse no sólo de las normas, sino también de los valores (que también pueden ser aceptados o rechazados por el grupo social)<sup>189</sup>. Nuestra visión del concepto, como ya hemos expuesto, es diferente.

La “legitimación de valores” nos sitúa en un plano que no deseamos. No sólo por la crítica intrínseca que merecen los valores como concepto<sup>190</sup>, sino porque nos alejan de un nivel jurídico de análisis. Para que el análisis sea propiamente jurídico, debemos hablar de principios jurídicos, que a

---

<sup>188</sup> DÍAZ, E. (1984:26). Vid. también, siguiendo una cita del mismo autor, CASTIGNONE, S. (1977): “Legalità, legittimità, legittimazione”, *Sociologia del Diritto*, n. IV, págs. 19-38.

<sup>189</sup> DÍAZ, E. (1984:30-31).

<sup>190</sup> Sobre esto, la referencia indudable es de nuevo SCHMITT, C. (1961): “La tiranía de los valores”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 115, págs. 65-81.

su vez gozan de una legitimidad democrática en la medida en que están constitucionalizados. Es decir, en lo que respecta a la legitimidad de los principios constitucionales, la legitimidad funciona según su sistema más clásico: es la Constitución la que legitima los principios, pero no en virtud de su eficacia normativa (porque esto nos dejaría en un positivismo dogmático) sino al recoger precisamente los axiomas de la legitimidad extrajurídica que consagra. Integrar los principios en la Constitución es la legitimación misma de aquéllos, en tanto que integrar las normas supranacionales en el sistema es la legitimación de éstas. La legitimación, por lo tanto, no es un proceso exclusivamente social: el reconocimiento social es la consecuencia última de todo su proceso de legitimación. Lo que no hay que olvidar, eso sí, es que la legitimación existe porque la sociedad sólo reconoce determinadas formas de legitimidad, que deben corroborarse en la norma concreta. Dicho de otro modo, si los destinatarios de las normas fueran máquinas, jamás en la historia del Derecho hubiera habido problema alguno con su legitimidad, porque las máquinas no tienen ideología propia (si tecnológicamente llegaran a tenerla, sería la que le inculcara su creador) de manera que no se cuestionan la legitimidad de la norma: la norma válida es aplicada sin cuestión. Ahora bien, entre seres racionales y con capacidad de pensamiento crítico, la legitimidad no puede limitarse a la norma positiva, ni siquiera aunque su creador sea un órgano democráticamente legitimado por el procedimiento vigente, ni aunque la norma sea coherente con la Constitución, entendida como norma. No es un proceso sólo técnico-jurídico, sino también social. La sociedad reconoce determinadas formas de legitimidad -que obviamente cambian-, de manera que alguna forma de legitimidad es exigible al sistema siempre, y lo mismo puede decirse de cada norma. Pues bien, el procedimiento por el que una norma es admitida en el sistema es un procedimiento de creación normativa, pero también un procedimiento de legitimación, una suerte de ebanistería jurídica en la que la norma se barniza de los elementos de la legitimidad del sistema. En el caso de las normas supranacionales, ambos procedimientos se separan: la norma será creada en el seno de una persona jurídica supranacional-global, pero será legitimada mediante su incorporación al sistema jurídico institucionalizado por una Constitución estatal. La legitimación, por lo tanto, es un proceso jurídico distinto de la eficacia social de la norma una vez legitimada, que sí que es un elemento estrictamente sociológico.

El profesor OLLERO ha criticado el positivismo jurídico legalista en términos similares a los nosotros, y ha defendido que la ley como tal “nunca es vida (Derecho), sino proyecto de ella -aunque vivificable (juridizable)” y que ignorar esto “llevaría al error de pensar que habría legitimación democrática del *Derecho* cuando la hubiera de la creación legal. Pero con ello habríamos legitimado

sólo un mero proyecto”<sup>191</sup>. Nosotros nos adherimos a esta crítica: al igual que el autor, entendemos que “existir no es sino tomar parte en un continuo esfuerzo de interpretación”<sup>192</sup>. De hecho, en el Derecho contemporáneo global es más aún: no sólo el Juez tiene una función materialmente clave para interpretar y determinar el contenido de la norma en el caso concreto (potestad, como sabemos, reconocida por el mismo KELSEN cuando afirma que el Juez al decidir crea la norma de rango más bajo de su pirámide, dentro del sistema normativo dinámico) sino que de hecho tiene la potestad de integrar la norma dentro de su sistema jurídico, lo que implica, por un lado, interpretar los principios de la Constitución, y por otro, interpretar la propia norma, dando como producto una decisión con una amplísima dimensión valorativa. Para culminar este proceso, es punto de partida indispensable que la legitimidad es externa a la propia norma jurídica (en la práctica actual, un pluralismo en el que ninguna de las normas aplicables puede reclamar plena legitimidad) y que la plena asunción por parte de una norma supranacional externa al sistema de esa legitimidad interna exige un procedimiento de legitimación, del cual será responsable la autoridad judicial estatal.

#### 4. La legitimidad global frente al *nomos* de la Tierra.

Hemos llegado al momento en el que debemos caracterizar ese producto de la modernidad que justifica nuestro estudio, nuestra revisitación de las relaciones entre legitimidad y legitimación: el Derecho supranacional o, por poner su nombre más común, global. Ahora bien, no podríamos realizar tal caracterización si partir, como siempre, del estadio inmediatamente anterior de la evolución histórica del poder normativo. Y la situación vigente hasta la irrupción de la dimensión supranacional del Derecho, todavía predominante de hecho –al menos, por el momento- nos obliga a pasar por otra soberbia creación schmittiana, y es la vinculación entre Norma y Tierra.

---

<sup>191</sup> OLLERO TASSARA, A. (1976): “Legitimación democrática del Derecho y positivismo legalista”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, “Derecho y soberanía popular”, n. 16, págs. 129-136. Vid. pág. 134.

<sup>192</sup> OLLERO (1976:135).

Naturalmente, en materia de relaciones nomoterráneas<sup>193</sup>, poco se puede añadir a lo que ya enseñó SCHMITT<sup>194</sup>. A nosotros lo que nos interesa es en qué medida esa esencialidad de la relación entre *nomos* y *gēa* se rompe en el Derecho contemporáneo. La contraposición schmittiana, efectivamente, no se hizo entre normas territoriales y normas supraterritoriales, porque este era un problema que sólo existía en Derecho Internacional, donde estaba claro (al menos entonces) que el Derecho no era tanto supraestatal como interestatal, y por lo tanto son entidades con un territorio definido las que configuran el Derecho que ha de regir las relaciones entre sí, y por lo tanto las relaciones de vigencia del Derecho territorial. La territorialidad se salva aquí. La contraposición se quedaba en un plano *geocéntrico*, del que el *ius publicum europaeum* jamás había salido, como demuestran los múltiples antecedentes y posiciones sobre la cuestión en el *ius commune* medieval, y en el que el único espacio al que se puede contraponer la Tierra es el que –hasta que sea regulado definitivamente por el Derecho Internacional a mediados del siglo XX- simboliza la libertad en ese sentido tan esproncediano de ausencia de poder normativo no-individualista: el Mar. Para SCHMITT, como para todo el Derecho europeo tradicional, el único espacio que se opone al Derecho geocéntrico es el Mar. Esto por cierto, despierta algunos sueños de piratas, como nos recuerda el autor citando a ALCIATO: “*Pirata minus delinquit, quia in mari delinquit*”<sup>195</sup>.

Así, nos encontramos siempre un Derecho espacialmente delimitado. Tierra contra Mar, espacio contra espacio, el Derecho nunca es capaz de deshacerse del vínculo de la territorialidad. El Derecho contemporáneo, sin embargo, lo ha logrado, y lo que es más, se ha impuesto con fuerza inusitada, creciendo cada día. Así, SCHMITT habla constantemente de la globalidad, pero es una globalidad territorialmente determinada, una globalidad que consiste en la toma de nuevas tierras en la que se implanta el modelo jurídico latino-germánico europeo (España en América) o en la que se asume el dominio del propio Mar (Inglaterra). Es una globalidad interestatal, y por lo tanto de

---

<sup>193</sup> La palabra que preferiríamos para expresar esta relación es el cultismo griego *geonomía*. Sin embargo, resulta que este término ya se emplea científicamente, pero con un significado muy distinto (y por qué no decirlo, bastante espurio). Según el diccionario RAE, *geonomía* es la “*Ciencia que estudia las propiedades de la tierra vegetal*”. Parece ser que este cultismo aparece ya a finales del siglo XIX para describir más bien las relaciones entre las sociedades humanas y el medio ambiente en el que viven, como un término que pretende describir la gestión humana de la propia tierra, algo a lo que actualmente se llama más comúnmente “*bioeconomía*”. En fin, sobra decir que el uso que nosotros proponemos del término es mucho más adecuado que el que –siguiendo un paralelismo mal traído con la palabra *economía*, por supuesto ya existente en griego clásico y koiné y bien glosado por la filosofía griega, singularmente la aristotélica- han impuesto las ciencias naturales.

<sup>194</sup> SCHMITT, C. (1974): *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 2ª ed, Berlín: Duncker y Humboldt. Para la versión española vid. SCHMITT, C. (2005): *El nomos de la Tierra en el Derecho de gentes del ius publicum europaeum*, Buenos Aires: Struhart y Cía.

<sup>195</sup> SCHMITT (1974:15).

Derecho Internacional. En este sentido, aún se emplea el concepto “Derecho global” en algunos manuales<sup>196</sup>.

El Derecho global, sin embargo, es algo distinto del Derecho Internacional, por el simple motivo de que éste último es interestatal (aunque este axioma haya variado en las últimas décadas, es innegable que las relaciones interestatales siguen siendo su fundamento conceptual) en tanto que el Derecho global es esencialmente supranacional, es decir, que existe no por encima del territorio, sino en un plano indiferente a un territorio concreto. A este respecto, necesitamos realizar varias aclaraciones. En primer lugar, ya explicamos, al argumentar la inexistencia del Estado en el Derecho Romano en el *excursus* elaborado más arriba, que la territorialidad es un producto esencialmente europeo, y más específicamente, de Derecho germánico. El territorio sólo es elemento esencial en el Derecho público desde la Edad Media, en nuestra opinión, procedente de un modelo de propiedad que confunde el contenido económico o la libertad de disposición (*dominium*) con el poder político (*imperium*) y que además *esencializa* con demasiada facilidad el territorio en la identidad del sujeto que lo *domina* o *gobierna*. Así, el señor feudal acaba adoptando una posición de relación esencial con el territorio de su feudo, a pesar de que es evidente que esa apropiación no es nunca *inmemorial*, por más que en la retórica medieval se emplee esta expresión, sino que es un hecho contingente e históricamente datable, y el mismo mecanismo mental puede producirse con el Rey sobre el territorio del Reino, y después con la Nación.

Es cierto que, desde que surge el *ius commune* con al recuperación del Derecho romano, este Derecho germánico está permanente intrincado con elementos jurídico latinos, de donde creemos procederían las caracterizaciones medievales que a menudo asocian al Príncipe a un administrador. Pero en la práctica, estos mecanismos sirven para adjudicar el señorío esencial sobre la Tierra a un sujeto distinto del propio Príncipe, como sucede en último término al poner el territorio en manos de la Nación en las Revoluciones Liberales, de manera que la esencia germánica del Derecho europeo persiste hasta hoy. La relación esencial con la Tierra es, al fin y al cabo, rasgo clave de los nacionalismos europeos, y esta característica es a nuestros ojos una herencia inequívoca del Derecho feudal germánico. Por eso acierta SCHMITT al asociar el *nomos* de la Tierra al *ius publicum europaeum*, en tanto que los intentos de extender este paradigma a otras culturas jurídicas, y singularmente a la Antigüedad Clásica, resultan más cuestionables.

---

<sup>196</sup> En el caso español destaca el manual de ORTEGA CARCELÉN, M. (2014): Derecho global: Derecho Internacional Público en la era global, Madrid: Tecnos, en el que se asocia el Derecho global a una evolución del concepto benthamista de Derecho Internacional, cuando son ciertamente ramas del Derecho bien distintas e inconfundibles entre sí, como veremos inmediatamente.

En segundo lugar, es necesario distinguir también el Derecho supranacional (término que a nosotros nos resulta más descriptivo y exacto que global, aunque lo consideramos equivalente) de otros fenómenos de internacionalización, como la propia internacionalización del Derecho público territorial, que a menudo alcanza efectos extraterritoriales. A este fenómeno preferimos denominarlo Derecho transnacional, pero no deja de ser una manifestación del Derecho estatal. El Derecho global, por el contrario, no tiene arraigo territorial, sino que de hecho es esencialmente supraterritorial. Así, las normas supranacionales de origen privado, como aquellas elaboradas por las entidades supranacionales de normalización o estandarización (singularmente, las normas ISO) no tienen una vinculación territorial concreta. Igualmente, se revela aquí otro de los elementos esenciales del Derecho global, la hibridación entre elementos de Derecho público y Derecho privado. Ambos rasgos, junto con la recepción de las normas supranacionales por parte de los propios sujetos a los que deben aplicarse –elemento este que se estudiará con mayor detenimiento en otra obra– caracterizan al Derecho global como un concepto jurídico diferente tanto de la eficacia transnacional del Derecho estatal como del propio Derecho Internacional. En este sentido, la Unión Europea, creemos, está en una posición de transición entre el Derecho Internacional Público y el Derecho supranacional, aunque la predominancia de los Estados impone una mayor cercanía al primero.



### III. ANÁLISIS DEL DERECHO GLOBAL.

#### 1. Introducción metodológica.

A lo largo de la introducción precedente, hemos tratado de exponer las líneas maestras del presente trabajo, así como los fundamentos teóricos que permiten hablar de la existencia de un Derecho Público Global. Ahora bien, como es igualmente evidente, el presente trabajo es en gran medida metodológico. Lo es porque necesitamos construir instrumentos para conceptualizar ese Derecho Público Global, y en particular el fenómeno más sobresaliente de éste, que es el que estudiamos aquí, el de sus normas, aunque a cuenta de éstas, como se verá, nos acercamos también a sus sujetos.

De momento, comencemos con una visión de conjunto de las aporías manifestadas en el Derecho Público Global. Debemos proceder, en primer lugar, a la delimitación de la realidad jurídica. El objeto de análisis del presente trabajo serán por tanto aquellos casos en los que se plantee un conflicto entre una norma regulatoria privada supranacional y una norma de Derecho interno. Ahora bien, para que se verifique este problema, necesariamente debe venir precedido de otros: cuál es la naturaleza de los sujetos que crean las normas, cómo devienen las normas privadas supranacionales obligatorias y vinculantes para los sujetos y cómo se incardinan en el sistema de fuentes interno. A todas estas preguntas responderemos también en este estudio. Ahora bien, llegados finalmente al planteamiento del conflicto de normas, la solución propuesta, una vez admitida la incorporación o no de la norma privada supranacional a nuestro ordenamiento, en los términos referenciados más abajo, será la aplicación de una metodología determinada por la naturaleza de la materia regulada. Si la regulación es, por ejemplo, económica -como sucederá normalmente- el método que consideraremos aplicable es el análisis económico. No obstante, si la materia se rige por otros principios -por ejemplo, la materia deportiva, que se rige por un principio *pro competitione*- el método aplicable será el propio de ésta.

Una segunda faceta de la propuesta, de cariz práctico, es la identificación de sectores de referencia que inductivamente permitan lograr resultados teóricos integrables en la parte general del Derecho administrativo. Advertimos desde este mismo momento al lector de que, en todo caso, no se tratará de una descripción de los sectores de referencia del Derecho Público Global, que son muchos y muy variados, y han sido tratados en diferentes trabajos. Sí que haremos, en un momento dado, una rápida panorámica. Pero el objetivo de la introducción de sectores de referencia en este trabajo es aportar un punto de vista práctico, en el sentido de mostrar el reflejo de la teoría expuesta en la práctica jurídica, y no tanto explicar los sectores del Derecho administrativo global y sus normas

reguladoras. Tomaremos un sector en concreto, el financiero, y una norma en concreto de éste, la Convención de Basilea III, como gran ejemplo, al que dedicaremos un análisis exhaustivo al final del trabajo. Ahora bien, como ejemplos de menor entidad, a lo largo del estudio hablaremos también de varios sectores especialmente afectados por las normas privadas supranacionales: el agroalimentario, medioambiente (incluyendo aguas) y mercado interior europeo y libre circulación de capitales, personas y servicios -donde brilla el gran instrumento homogeneizador del Derecho europeo, el reconocimiento mutuo-, así como el derecho del trabajo, convenios colectivos globales y el controvertido fenómeno de las famosas *blockchains*, que se emplean tanto en las relaciones mercantiles como laborales, y que como se verá, son ejemplos de Derecho global que podemos abordar desde un punto de vista del Derecho público.

En el sector agroalimentario, por ejemplo, existen multitud de normas privadas supranacionales de calidad agroalimentaria, que suelen provenir de requerimientos del consumidor “traducidos” por los operadores del mercado (supermercados, proveedores, importadores, entre otros). El resultado de este proceso es el aumento de las exigencias concernientes a la elaboración, en lo que respecta a su inocuidad, desde luego como también al comprometimiento con valores éticos empresariales relacionados (protección ambiental y a los derechos laborales, entre otros).

Los ejemplos pueden multiplicarse en otros sectores, como el medioambiental, donde los propios operadores privados potencian valores como la sostenibilidad o la protección medioambiental (así en los “Centros de Control de Calidad Nestlé” (*Nestlé Quality Control Centres-NQCC*) o la “Iniciativa Agrícola Sostenible” (*Sustainable Agriculture Initiative-SAI*) de Nestlé y Unilever, que ha servido para elaborar los códigos de BPA para el cultivo del café (Código Común para la Comunidad del Café). Siguiendo esta tendencia, algunos supermercados comenzaron a separar los productos según su origen, en virtud de la certificación (privada) de calidad, teniendo un importante éxito comercial aquéllos que mejoraban, de alguna forma, las condiciones de vida de los agricultores o la calidad del medio. Tampoco ha faltado la creación de asociaciones o alianzas de empresas por sectores, como ha sucedido en el sector del agua (así la *Aquaculture Certification Council*) o que actúen en una determinada etapa de la cadena alimenticia, como las que han surgido en el comercio minorista británico (la *British Retail Consortium*). La opción estatista clásica, aún superviviente, es elaborar una norma técnica pública interna, sobre todo cuando se percibe un movimiento consolidado del sector privado para exigir, por ejemplo, un determinado certificado de calidad.

Esta técnica nos muestra, sin embargo, sus deficiencias: en primer lugar, la iniciativa de la elaboración de la norma queda en todo momento en manos del sector privado. Lo que es más, debido al número de normas de las que el Derecho Público Global se compone ya a día de hoy, su

integración completa en el ordenamiento interno mediante una norma del sistema se antoja imposible, y aún lo será más en el futuro. Por otro lado, si los operadores han creado su propia norma no-estatal, es evidente que lo han hecho para eludir la respuesta que ya ofrecía Estado ante la problemática, cuando no a dar una respuesta al problema al que el mismo Estado no atendió. Sabiendo esto, cabe preguntarse por qué iban los sujetos privados, que se someten voluntariamente a una norma global, incluso gravosa, a querer someterse a la norma estatal que la integra o que la sustituye -aunque reproduzca su contenido- cuando la norma estatal será, a buen seguro, más inflexible y menos adaptable a sus intereses. Por otro lado, estas normas estatales internas sustitutivas de las globales, aunque disiparían todos los problemas relativos a la validez y eficacia de éstas -porque forman parte de un sistema de fuentes establecido y jerarquizado, donde juegan las teorías de la validez positivista- tampoco podrían alardear de una gran hidalguía democrática, como de hecho no pueden, siendo realistas, la mayoría de las normas reglamentarias actuales, elaboradas en la práctica por subsecretarías y a menudo también por redactores externalizados, operadores al fin y al cabo del mismo mundo económico del que vienen las normas globales. No se puede seguir pretendiendo el sometimiento de las normas privadas supranacionales a las reglas del Derecho estatal o el Derecho Internacional Público vigente en los siglos XIX y XX. La respuesta de un ordenamiento jurídico moderno debe ser la integración de la norma privada supranacional, entendiendo que la integración implica necesariamente un control de la propia norma. El Estado se sitúa así en una posición de garante de los derechos fundamentales y los valores constitucionales, una posición de control, sí, pero no por ello subordinada, ni mucho menos, sino al contrario, fundamental para el buen funcionamiento del sistema.

Ahora bien, ¿nos estamos dando algunos puntos por hecho? Por ejemplo, ¿sabemos que el Derecho Público Global es Derecho, o si es verdaderamente Derecho Público? Aquí es donde entra en juego la caracterización de órdenes normativos, la determinación del carácter de fuente del Derecho o no, o su naturaleza de ordenamiento o no de las “normas” internacionales. A estas preguntas intentaremos responder también, y además, lo haremos primero de todo. Obsérvese que aquí las exponemos después de hablar incluso de los sectores, pero precisamente porque, para que el lector entienda el problema teórico, hemos querido exponer la vertiente práctica antes. Pero en el análisis que proponemos más abajo, responder a las preguntas más abstractas del Derecho global es la primera tarea. La respuesta al carácter de Derecho Público o Privado de las normas privadas supranacionales sólo puede ser una: el Derecho global se caracteriza por la hibridación, es decir, por ser un Derecho donde entran en juego tanto el Derecho público como el privado, y no se puede establecer una categorización, como se ha hecho en el Derecho interno. La hibridación es carácter esencial del Derecho global, también del Administrativo, donde se habla ya incluso del Derecho

administrativo global como un Derecho mixto, tal y como hace CASSESE<sup>197</sup>. La hibridación, que es a la vez proceso y resultado, se articula principalmente de la manera que explicamos a continuación -sin que en ésta se agoten todas las posibilidades-. Lo que sucede por lo general es que un sujeto, un ente supranacional de naturaleza privada, o incluso constituido por sujetos jurídico públicos, pero informalmente (Comités de Basilea, IOSCO, IAIS) ejerce de facto una potestad normativa, y por tanto, una potestad jurídico-pública. A su vez, estas normas privadas tienen carácter regulatorio y cubren un espacio que correspondería a priori al Derecho público, llegando incluso a entrar en conflicto con él. Se ha dicho de estas normativas que, siendo muchas de ellas códigos de conducta internos de grandes empresas multinacionales, pueden ser consideradas normas de derecho privado, o tal vez ni siquiera deban ser consideradas Derecho en sentido objetivo. El concepto de conflicto de normas permite solucionar el problema que deriva de las relaciones entre órdenes normativos, incluso cuando éstos son tan aparentemente ajenos entre sí como el Derecho estatal y el Derecho global.

La aproximación metodológica de mayor alcance ser observará, sin embargo, cuando entremos a valorar la formación de conceptos y tipos. Los conceptos a formar en esta materia son muchos: el concepto (y tipos) de normas regulatorias público-privadas, afirmando que son normas privadas supranacionales de Derecho público aquellas normas generadas por entidades privadas (potestad legislativa) que regulan una situación jurídica en la que está en juego la protección de un bien jurídico de interés público, como ya hemos dicho. Potestad normativa-legislativa e interés público son los conceptos clave de la iuspublicación de las normas privadas supranacionales, los requisitos que justifican su carácter híbrido. Evidentemente, aquí también será clave la distinción Derecho público-Derecho privado. En todo caso, la caracterización de normas privadas como de interés público no vendrá determinada ni por la protección de bienes jurídico-públicos (v.gr. la seguridad alimentaria, la estabilidad del sistema financiero o la protección de los menores), ni porque las entidades privadas tengan por objeto la protección de esos intereses (jurisprudencia de intereses), o al menos no exclusivamente, porque el elemento público fundamental, como bien sabemos, va a ser precisamente el ejercicio de una potestad pública, la normativa.

No se puede afirmar de una norma de una entidad privada internacional que su objetivo sea proteger intereses públicos, sencillamente porque esa entidad privada no representa ni pretende representar los intereses públicos de ningún Estado, ni los internacionales, sino los suyos propios. Sin embargo, dentro de sus intereses privados, sí que puede pretender proteger bienes jurídicos que los Estados también protegen, de manera que puedan colisionar ambos sistemas de normativos.

---

<sup>197</sup> Vid. CASSESE (2015:3).

Además, el Estado siempre puede arrogarse para sí mismo la decisión de cómo deben protegerse dichos bienes (o lo que es lo mismo, cuáles de esas normas pueden aplicarse y cómo), lo que nos devuelve de nuevo a la posición de control que el Estado ostentará en nuestro sistema. Por otro lado, hay otros conceptos pendientes de ser formados: la caracterización del ciudadano corporativo o, sin ir más lejos, el propio concepto de Derecho global (o de Derecho administrativo global) quedan aún pendientes de una conceptualización, la cual este trabajo no aspira a elaborar por completo, aunque sí quisiera arrojar algo de luz en el proceso.

No hay que olvidar, por último, que el tema propuesto se plantea en el contexto de la desterritorialización del Derecho administrativo. Nuestra disciplina se ha fundamentado tradicionalmente en el principio de territorialidad. En la actualidad, aunque este principio se mantiene una posición prominente, es insuficiente para explicar todas las relaciones que generan las normas de Derecho público. El fenómeno de aplicación de normas regulatorias de ciertos sectores en las que no está clara la distinción entre Derecho público y Derecho privado, que podrían ser a veces calificadas como de *soft law*, o incluso que han sido generadas por organismos o asociaciones internacionales de naturaleza puramente privada, tal y como vengo describiendo, y que conocemos como hibridación, es probablemente la mayor consecuencia de la desterritorialización. Sin embargo, los Estados, y la propia Unión Europea asumen a menudo estas normas como propias, como cuando aplican el Convenio de Basilea o incluso normas de régimen interno de algunas multinacionales que tienen proyección internacional. Además, las normas regulatorias privadas plantean un particular problema de integración en los Derechos internos, pues al menos les sería exigible cumplir con los principios constitucionales y los derechos fundamentales vigentes en los Estados en que se aplican. El tema de tesis pretende, desde un punto de vista de Derecho sustantivo, precisamente estudiar estas nuevas normas y relaciones normativas de Derecho público y configurar a partir de ellas un concepto actual de Derecho administrativo.

Hay que hacer también postrera mención al Derecho comparado, instrumento ya indispensable para el jurista de hoy -y de todos los tiempos-, que sin embargo es posiblemente cada vez menos comparado, y sí más unificado. Efectivamente, en la medida que en gran parte el Derecho administrativo internacional se basa en conflictos de normas de Derecho público de diferentes Estados será necesario analizar qué visión de estos problemas tienen dos ordenamientos de referencia: el Derecho norteamericano, que denomina esta disciplina como Derecho administrativo global, y el Derecho alemán, que la denomina Derecho administrativo internacional. Del primero me interesa su flexibilidad y adaptabilidad, especialmente al contexto económico; del segundo, la solidez conceptual con la que aborda la evolución del derecho. A ellos añadiremos un análisis de las

doctrinas italiana y española en la materia, para dar una visión completa del Derecho Público Global, tal y como se entiende en la actualidad, como necesario punto de partida de un estudio sobre las normas privadas supranacionales.

Por último (esta vez de veras), creemos que todo trabajo de Derecho público moderno debe dedicar parte de su análisis al acceso a la jurisdicción y a la justicia administrativa. La cuestión aquí es incluso más importante, casi se diría que inquietante a veces. ¿Cómo se somete a control judicial la aplicación de una norma privada supranacional? Pues bien, a esta pregunta tratamos de responder con nuestro método de incardinación de las normas privadas supranacionales en el Derecho interno: como corresponde a todo sistema de Derecho moderno, el centro del sistema debe ser siempre el Juez. Por otra parte, es una realidad ya reconocida con carácter general en la doctrina española que nuestro sistema de justicia contencioso-administrativa es insuficiente. El sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 106.1 CE) sigue representando desde luego la superación del legalismo positivista, pero ya no puede traducirse solamente en el sometimiento de la Administración a los principios generales del Derecho, sino también a las múltiples normas supranacionales, tanto públicas como privadas, que se traducen en regulaciones de Derecho público al margen de la potestad legislativa del Estado en el que se aplican. Para esta realidad, que es consecuencia de la mundialización y la retroacción del Estado a una posición de garante, a menudo confiando la ejecución de sus políticas al sector privado, no está preparado nuestro sistema de justicia administrativa.

Como el lector observará, no daremos ningún paso sin contar con la autoridad judicial, que será la vía de entrada y control de todo elemento jurídico ajeno al sistema, el operador jurídico con *potestas* para decidir qué elemento del Derecho supranacional entra en el sistema, posición que indudablemente le gana al legislador (victoria especialmente grata cuando este legislador sería en la práctica el poder ejecutivo). No debemos desatender, de todas formas, los métodos alternativos de resolución de conflictos o el arbitraje, como posibles aplicadores de la norma privada supranacional; pero la *potestas* de integrar la norma privada supranacional en el sistema, y aún más la de decidir su aplicación desplazando la norma interna, recae exclusivamente en el Juez nacional, de manera que los operadores de los métodos alternativos de resolución de conflictos deberán limitarse a aplicar normas privadas supranacionales ya integradas por el Juez nacional, diríamos incluso -aún a riesgo de aventurarnos- en sentencia firme.

En definitiva, veamos ya cuál es la propuesta metodológica para las normas privadas supranacionales, y cómo éstas se convierten en la nueva gran fuente del Derecho global, y cuyo control queda en manos del juez nacional. Vamos a ello.

## 2. La teoría del Derecho y el discurso metodológico ante las normas privadas supranacionales<sup>198</sup>.

### a) Justificación de la aproximación metodológica.

Sería ilusorio pensar a estas alturas del desarrollo del Derecho como teoría (o como ciencia, si se asume la polémica categorización alemana) que el *ius* no es más que la norma escrita, válida y aplicable y sus técnicas de interpretación, y a lo sumo, el sometimiento de raíz realista a la voluntad del Juez, creador de Derecho objetivo *de facto*. No confundamos, por supuesto, la simplista comprensión jurídica del leguleyo con la elaborada teorización del positivista: el positivismo jurídico es una de las grandes aportaciones del método y para el método que ha visto la historia del Derecho, dicho sea a pesar de que en el presente trabajo nos separemos de esta concepción del Derecho, por juzgarla superada. Igualmente, para el leguleyo el Derecho objetivo, que es mera norma, también se ve limitado en su alcance filosófico, social y e incluso político, dimensiones por las que obviamente se ve influido el Derecho, y en las que influye. El leguleyo no quiere

---

<sup>198</sup> Para una bibliografía específica de la metodología en el Derecho global y de las normas supranacionales, vid. TEUBNER, G. (1997): *Global Law Without State*, Dartmouth: Dartmouth Publishing Co Ltd; NAGEL, T. (2005): "The problem on Global Justice", *Philosophy and Public Affairs*, n.33, 2, pp. 113-147; KOHEN, M.G. (2002): "Europe and the Standardization of the Law: Past and Present", en KIERZSKOWSKI, H. (2002): *Europe and Globalization*, Londres: Palgrave Macmillan, pp.87-103; LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. (2005): "Globalización e imperio de la Ley: algunas dudas westfalianas", *AFDUAM*, n.9, 177-198; CIURO CALDANI, M.A. (2006): "Filosofía y sistema del Derecho de la Integración (El complejo problemático del Derecho de la Integración. Hacia la autonomía científica del Derecho de la Integración)", *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n. 29, pp. 27-48; BELLOSO MARTÍN, N. (2013): "Algunos efectos perversos de la globalización: las empresas multinacionales y el deber de respeto de los estándares mínimos internacionales de Derechos Humanos", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 1-31; HAGUE, J. (2003): "Legal Reasoning and Legal Integration", *Mj*, n. 10, 1, pp. 67-97; GARCÍA INDA, A. (2001): "Cinco apuntes sobre derecho y postmodernidad", *Doxa*, n. 24, pp. 1-39; COLOMER MARTÍN-CALERO, J.L. (2001): "Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal", *Doxa*, n. 24; RUS RUFINO, S. (2009): "Reseña de "¿Qué es el Derecho global?" de Rafael Domingo Oslé", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, núm. 1, pp. 185-188; GARCÍA SAEZ, J.L. (2016): "Reseña de GARCÍA PASCUAL, Cristina. Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional", *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 32, pp. 550-553; RODRÍGUEZ, J.L. y VICENTE, D.E. (2009): "Aplicabilidad y validez de las normas del Derecho internacional", *Doxa*, n. 32, pp. 177-204; ZOLO, D. (2007): "Para una filosofía moderna y realista del derecho internacional", *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*; RUIZ MIGUEL, A. (2008): "Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita", *Doxa*, n. 31, pp. 355-368; HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. (2009): "Justicia global y justicia legal: ¿tenemos derecho a un mundo justo?", *Doxa*, n. 32, pp. 341-374; TURÉGANO MANSILLA, I. (2001): "La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls", *Doxa*, n. 24, pp. 319-348; NEVES, M. (2001): "Justicia y diferencia en una sociedad global compleja", *Doxa*, n. 24, pp. 349-378; BIX, B. (2003): "Algunas reflexiones sobre metodología en Teoría del Derecho", *Doxa*, n. 26, pp. 609-633; DE JULIOS CAMPUZANO, A. (2004): "Culturas jurídicas y Globalización: Presupuestos metodológicos de un Derecho cosmopolita", *Derechos y Libertades*, n. 13, pp. 217-239; COURTIS, C. (ed.) (2016): *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid: Trotta; FERRAJOLI, L. (2011): *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, tomo I, Madrid: Trotta; MORESO, J. J. y VILAJOSANA, J. M. (2004): *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons; PRIETO SANCHÍS, L. (2016): *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid: Trotta; JARIA, J. (2015): "La identificación del derecho aplicable en un contexto normativo complejo", en A.A.V.V. (2015): *Diálogos sobre la justicia y los jueces*, en Barcelona: Justicia y Sociedad; GARCÍA AMADO, J.A. (1987): "Tópica, Derecho y Método Jurídico", *Doxa*, n. 4, pp. 161-188; GARCÍA AMADO, J.A. (1985): "Teorías del Sistema Jurídico y concepto de Derecho", *AFD*, n. 2, pp. 297-316; CIVITARESE MATEUCCI, S. (2014): "Some remarks on methodology in legal studies in the light of the challenges that globalization poses to legal doctrine", *Revista Catalana de Dret Public*, n. 48, pp. 119-134; HABA, E. P. (2007): "Sobre "observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica de Christian Courtis", *Isonomía*, n. 27, pp. 205-213; ROSSI, G. (2004): "Método jurídico y Derecho administrativo: la investigación de conceptos jurídicos elementales", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 21, pp. 9-21; VON BOGDANDY, A. (2009): "The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe", *I • CON*, Volume 7, Number 3, pp. 364 – 400. Como obra general, no podemos dejar de citar a CANARIS, C.W. (1995): *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Madrid: Civitas.

complicaciones: ni filosofías, ni teorías políticas ni mayores abstracciones. Claro que si al Derecho se le quitan las filosofías y las teorías políticas, cabe preguntarse qué queda. Mejor dicho, cabe preguntarse qué es lo que está aplicando el jurista, o si es Derecho en absoluto, si no existen criterios de delimitación de éste respecto de otras ciencias.

Por otro lado, hay que prevenirse igualmente frente a la reducción del método jurídico al análisis económico, que podría encerrar un cierto complejo de un cierto sector jurídico orientado a la “práctica” respecto de las ciencias económicas y empresariales, y para el que cualquier consideración no económica del Derecho puede suponer un estorbo para los fines de la actividad de los sujetos obligados por la norma. En realidad, el carácter económico del Derecho va a interesarnos mucho en el presente trabajo, porque el análisis económico se alinea perfectamente con la finalidad de muchas normas privadas supranacionales. Pero esto no debe llevarnos a engaño: ni el análisis económico es el único adecuado para ser aplicado a las normas privadas supranacionales, ni es la solución a los males del contemporáneo Estado de Derecho (ya se califique económicamente a éste como liberal o social, o de otra forma). Al contrario: desde un punto de vista político, el análisis económico del Derecho, aplicado por sí sólo, puede corregir o no, o lo que es peor, puede de hecho potenciar los fallos económicos presentes en el sistema y que el Derecho aspira a corregir. Desde un punto de vista jurídico, su primacía como método puede llegar a acabar con el método jurídico mismo, pues al fin y al cabo, el análisis económico aplica un método de origen extraño al propio Derecho y su dogmática. La dogmática tradicional, sin embargo, debe poner límites claros a estos métodos de análisis externos, tanto al predominio contemporáneo de las ciencias y la tecnología en el contenido de las normas, como a su aplicación economicista. Ni los criterios de la norma científicamente más provechosa, ni el de la técnicamente más eficaz, ni el de la económicamente más eficiente, pueden imponerse sobre la búsqueda y protección de la Justicia y los derechos humanos. Los tres rasgos que ULPiano encontró en su definición de Derecho objetivo, *suum cuique tribuere, neminem laedere et honeste vivere*, deben erigirse entonces en axiomas de la dogmática jurídica, y también de la jurisprudencia. A nuestro modo de ver, la responsabilidad de cumplir con este objetivo recae especialmente sobre la metodología del Derecho.

El Derecho es, al fin y al cabo, un concepto, y por lo tanto una abstracción, aunque como dijera KANT, en expresión tantas veces repetida, los juristas aún estamos lejos de poder definirlo. El Derecho y la Filosofía, y diríamos que también incluso la Teología, están históricamente entrelazadas y tienen a menudo vidas paralelas, como demuestra un fenómeno tan claro como el nacimiento de la Universidad en Europa, donde estas tres materias se convirtieron en los puntales de lo que hoy es el sistema de formación superior. Ahora bien, es evidente que las tres materias



citadas han seguido evoluciones muy distintas. Nuestra intención era, más bien, enfatizar el carácter de ciencia humana que, en nuestra opinión, le corresponde al Derecho, mejor desde luego que su emplazamiento entre las ciencias sociales, donde habitualmente se le sitúa, si es que esta categoría de ciencias sociales no son ya en sí mismas puras Humanidades.

Pues bien, fundamentalísima para estudiar las normas privadas supranacionales va a resultar la cuestión del método. Ahora bien, no podemos saltar tan rápido de la Filosofía del Derecho a las normas privadas supranacionales. Hace falta, primero, algún apunte sobre el método en general, y en el Derecho público en particular. El estudio de la teoría del método queda a cargo, por lo común, de la Filosofía del Derecho. Es cierto que muchos juristas, particularmente especializados en las respectivas “partes generales” de sus materias, tanto de Derecho privado como sobretodo de Derecho público, abordan el análisis metodológico, pero hacer esto supone siempre, por definición, entrar en el terreno de la Filosofía del Derecho. En este sentido, el presente trabajo, cuya aspiración es nítidamente metodológica, y en el que ocupa un lugar clave el estudio de las relaciones entre norma y sistema, es en cierto modo un trabajo limítrofe entre Filosofía del Derecho y Derecho público material, posición esta que no sólo no nos incomoda, sino que muy al contrario, nos complace. Igualmente, es cierto que, aunque hayamos atribuido a esta parte del trabajo el carácter de un estudio sobre la metodología aplicable, en realidad lo que hacemos es presentar la metodología que vamos a aplicar al objeto material del estudio, que son las normas privadas supranacionales, primero abstractamente consideradas, y finalmente con un ejemplo concreto.

Hablar de metodología jurídica también es, aunque no exclusivamente, hablar de la doctrina alemana. Así, entre los manuales más empleados en la materia, LARENZ y CANARIS construyen el concepto de dogmática jurídica a partir del de jurisprudencia (*jurisprudenz*)<sup>199</sup>, es decir, no a partir del significado vulgar que nuestra lengua romance da a la jurisprudencia como mero conjunto de resoluciones judiciales con un contenido o *dictum* concurrente, sino del insigne contenido del vocablo latino *iurisprudentia*, que es el conjunto de aportaciones doctrinales, es decir, lo que los juristas han dicho sobre el Derecho objetivo, o expresado en término más modernos, la reflexión de la sociedad

---

<sup>199</sup> LARENZ y CANARIS (1995:11). Igualmente, y en lo que a la doctrina alemana se refiere, citaremos como obra de referencia también RÜTHERS *et al.* (2013).

tanto sobre el Derecho *in abstracto*, como sobre su propio Derecho *in concreto*, a través de sus juristas<sup>200</sup>.

Ahora bien, la metodología no sólo se ha estudiado en sede de la Teoría del Derecho, que es por otra parte su marco natural, sino que también ha recibido una importantísima atención en el Derecho público. En el Derecho moderno, un trabajo jurídico-público pulcro debe siempre partir de un análisis metodológico, y más aún después de la atención específica que la metodología ha recibido entre los iuspublicistas, fundamentalmente los alemanes, siguiendo una importante tradición que se remonta a OTTO MAYER. Entre estos trabajos que elaboran una metodología general del Derecho público (constitucional, administrativo o europeo) sobresalen sin duda alguna los trabajos de SCHMIDT-ASSMANN, con especial atención a su *Sistema*<sup>201</sup>. Esta obra, sobradamente conocida, aporta elementos de juicio valiosísimos en varios sentidos: afirma la recepción del Derecho público supraestatal por parte del Derecho interno (por lo general, con referencia al Derecho europeo)<sup>202</sup>, la división entre teoría general del Derecho administrativo y sectores de referencia, siendo la primera una abstracción de las reglas de los segundos (pero sin que el estudio de éstos deje de ser fundamental para tener una visión completa del fenómeno jurídico)<sup>203</sup>, las novedades en lo que respecta a la relación entre ciudadano y Administración<sup>204</sup>, la naturaleza y tipos de la legitimidad del poder público<sup>205</sup> o la teoría de las relaciones jurídicas administrativas (que pone el foco de su análisis en los procesos en los que se desarrolla esa relación, y

---

<sup>200</sup> Sobre esto, me parece valioso llamar la atención sobre la posición que la obra de referencia de la lengua castellana y española, el Diccionario de la Real Academia, ha adoptado respecto de la palabra “jurisprudencia”. La entrada consta de tres acepciones, que transcribo de seguido:

“1. f. *Ciencia del derecho.*

2. f. *Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen.*

3. f. *Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes.”.*

Como resulta absolutamente evidente, en su primera acepción, asume efectivamente el significado genuino de *iurisprudentia* en la lengua madre, y además lo hace en el orden que para nosotros es el correcto, situando el significado culto en primer lugar. Sin embargo, por la expresión que utiliza, “ciencia”, es también absolutamente evidente que el concepto entra por la vía de la Filosofía del Derecho alemana, que hemos explicado en el texto, y no directamente como herencia de la cultura latina. Efectivamente, el concepto, en cuanto que heredado, ha sido vulgarizado también en su contenido en la lengua romance castellana (luego española), dando lugar a las acepciones dos y tres. La cuestión no es baladí, porque entre el concepto latino de *iurisprudentia* y el moderno germánico de ciencia del Derecho hay también una gran distancia -la de la introducción del mismo concepto de ciencia, precisamente-, pero también hay una clara continuidad y un tributo al concepto latino.

Por otra parte, queremos aprovechar la presente nota para presentar ya uno de los instrumentos metodológicos que vamos a emplear para el estudio del Derecho objetivo, que no es otro que el análisis del lenguaje. Siendo en nuestra opinión la naturaleza del Derecho esencialmente lingüística, no puede faltar, como nivel de análisis, el recurso al significado de las palabras que el Derecho emplea instrumentalmente. Las referencias se harán normalmente al propio Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en su edición más reciente, la 23ª de 2014.

<sup>201</sup> SCHMIDT-ASSMANN (2003).

<sup>202</sup> SCHMIDT-ASSMANN (2003:9).

<sup>203</sup> SCHMIDT-ASSMANN (2003:12).

<sup>204</sup> SCHMIDT-ASSMANN (2003:18).

<sup>205</sup> SCHMIDT-ASSMANN (2003:102).

no en los resultados de los procesos mismos)<sup>206</sup>, por citar sólo algunas de especialísima relevancia para la dogmática de las normas privadas supranacionales.

Fuera de Alemania, la metodología dogmática del Derecho público ha entrado con fuerza, aunque sigue situándose allí el centro de producción jurídica, por así decirlo. En Italia -y con lo que vamos a decir adelantamos materia que presentaremos en mayor profundidad posteriormente- no sólo se ha recibido la dogmática jurídico-pública, sino la metodología del Derecho administrativo global mismo. En primer lugar, la transnacionalidad del fenómeno jurídico había sido ya puesta de relieve desde el constitucionalismo. Por poner sólo un ejemplo reciente, el Profesor VERGOTINI, al analizar la jurisprudencia de los más dispares Tribunales Constitucionales, encuentra un auténtico diálogo entre Tribunales, que se produce normalmente entre los Tribunales Supremos estatales y los Tribunales Internacionales de Tratados a los que éstos Estados están adheridos (TJUE, TEDH, CIDH) pero no tanto entre los Tribunales nacionales. Pero más allá de la decepción parcial en el resultado, queda afirmado el efecto de la desterritorialización del Derecho, con un predominio progresivo del nivel supranacional<sup>207</sup>.

Más extraordinario incluso, en su manual más reciente<sup>208</sup>, el profesor CASSESE habla ya del Derecho global como un nivel del propio Derecho administrativo, reconocido con normalidad. Es decir, el Derecho administrativo sería un Derecho multinivel, territorialmente hablando integrado por un nivel estatal, que es el tradicional, desbordado por dentro (o por abajo, según se mire) por la desterritorialización interna basada en la autonomía política o descentralización de las regiones y las garantías institucionales de las Entidades Locales, y superada desde fuera (o por arriba, por seguir el paralelismo) por los varios niveles de desterritorialización supranacional, singularmente el Derecho europeo y el Derecho global. Además, y esto es sorprendente, construye un concepto de Derecho administrativo como Derecho mixto, en la medida en que confluyen en él la aplicación de normas de Derecho público con otras de Derecho privado. Cae entonces el mito del Derecho administrativo como un Derecho genuinamente público, como demuestra la aplicación del Derecho privado a la Administración y del Derecho público a entidades privadas que ejercen potestades públicas. En todo caso, sobre la posición del profesor CASSESE respecto del Derecho global propiamente dicho hablaremos más adelante en mayor profundidad.

En el caso de España, el maestro indiscutible de este proceso de recepción fue el Profesor GALLEGO ANABITARTE, especialmente con una serie de trabajos en los que trató de recoger el

---

<sup>206</sup> SCHMIDT-ASSMANN (2003:312).

<sup>207</sup> VERGOTTINI (2010).

<sup>208</sup> CASSESE (2015). Vid. especialmente pp. 1-28.

discurso del método en el Derecho alemán del siglo XX<sup>209</sup>. Fundamental para entender nuestra posición, por ejemplo, es la distinción entre pensamiento investigador y pensamiento dogmático, dualidad que es fenómeno genuino del Derecho, y que determina cualquier razonamiento jurídico que podamos aspirar a construir<sup>210</sup>. Ahora bien, aunque el pensamiento investigador se identifique generalmente con la Filosofía (del Derecho o no), lo cierto es que el método dogmático también es de elaboración filosófica, de manera que a la Filosofía del Derecho incumben ambos, mientras que el Derecho positivo suele verse limitado al método dogmático, salvo excepciones puntuales. Obviamente, teniendo este referente en el Derecho español, es un *prius* lógico partir de estos trabajos para construir el discurso del método específicamente en las normas privadas supranacionales de Derecho público.

b) ¿Una metodología en las normas privadas supranacionales?

Ahora bien, entre nosotros, las normas privadas supranacionales no son un problema que se aborde habitualmente. La construcción del concepto exige, primero de todo, delimitar nuestro ámbito de estudio. En particular, hay que distinguir las normas privadas supranacionales de aquellas otras normas privadas emanadas de organizaciones de estandarización reguladas por la Ley, y cuyas normas son a su vez incorporadas al ordenamiento mediante normas internas de remisión<sup>211</sup>. Esta metodología, bien conocida y estudiada en España, tiene sus propios problemas, en todo caso mucho menos enjundiosos que los que vamos a tratar nosotros. En el caso español, nos lleva necesariamente a la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, donde se funda una dicotomía entre los Reglamentos técnicos, que para el artículo 8.4 de la citada Ley establecerían “*La especificación*

---

<sup>209</sup> Así en GALLEGO ANABITARTE (1961, 1992, 1996, 2009).

<sup>210</sup> Vid. GALLEGO ANABITARTE (1996:12). Por cierto, que el Profesor GALLEGO descubre esta misma dualidad en otras ciencias humanas, particularmente en la teología. La distinción es fundamentalísima, como hemos de ver, porque nos permite separar entre un método filosófico ontológico, que busca el ser de las instituciones -pensamiento investigador- del método dogmático, que parte de la ontología, pero no la busca, sino que aspira a alcanzar conclusiones de segundo nivel a partir de las premisas o axiomas. En principio, la primera se identifica con la Filosofía y la Filosofía del Derecho, y la segunda con la dogmática jurídica de las distintas ramas del Derecho positivo. En el presente trabajo, creemos, ambas se ven representadas, aunque obviamente la mayoría de las preguntas filosóficas hay que darlas por respondidas de antemano, lo que obliga a centrarse en la dogmática, conclusión comprensible en una obra jurídica.

<sup>211</sup> La bibliografía específica de esta materia es prolija, y nos limitaremos a citar algunos trabajos importantes. La teoría general, a modo de manual que resuma las aportaciones doctrinales, creemos que la explica inmejorablemente MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General*, Madrid: BOE, en particular en el Volumen VII, en el que aborda el Reglamento, págs. 164-173, si bien aborda el problema también en otros volúmenes de la obra, con menor detalle. Como obra especializada, es indispensable la cita de SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. (2008): *El "soft law" administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Madrid: Civitas y ESTEVE PARDO (2002): *Autorregulación: Génesis y efectos*, Pamplona: Aranzadi; MALARET GARCÍA (1988): “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales (algunas consideraciones entorno a la regulación de productos)”, *RAP*, n. 116; ÁLVAREZ GARCÍA, V. (1998): “La capacidad normativa de los sujetos privados”, *REDA*, n.º. 99; CARRILLO DONAIRE, J.A. (2000): “Nulidad de los Reglamentos por incumplimiento de las obligaciones de la directiva 98/34/CE. La doctrina del TJCE sobre la “inoponibilidad” frente a terceros de las reglamentaciones técnicas no notificadas. Consecuencias y evolución reciente de la jurisprudencia “CIA Security”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º. 37.

*técnica relativa a productos, procesos o instalaciones industriales, establecida con carácter obligatorio a través de una disposición, para su fabricación, comercialización o utilización*” y las normas privadas de los organismos de normalización, acreditados conforme al Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre (ciertamente, el único acreditado a día de hoy, que sepamos, es AENOR, por Orden de 26 de febrero de 1986). Éstas últimas, sin embargo, tienen todavía que ser incorporadas por una norma interna válida para ser eficaces. Como ya hemos dicho, este proceso genera sus propios problemas, particularmente cuando la remisión se realiza hacia normas privadas futuras, o hacia posibles modificaciones de la existente (las célebres remisiones a “la mejor tecnología disponible” o al “estado de la técnica”). Ha sido igualmente polémica la asimilación de la remisión a una posible delegación del ejercicio de la potestad reglamentaria. Y por supuesto, se duda de su legitimidad democrática.

Sin embargo, estos dilemas están bien estudiados y reducidos al mínimo: la remisión del Reglamento a normas privadas futuras, al menos puede saldarse con una actualización constante de la normativa de remisiones; la prohibición de delegación es, en el Derecho español, una norma exclusivamente legal -artículo 9.2.b) de la Ley Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público-, y por lo tanto puede ser desplazada por la atribución de funciones reglamentarias privadas y la autorización de la remisión establecida en una norma con rango de Ley (así, en la propia Ley de Industria). En fin, la legitimidad democrática de las normas privadas ocupa ya gran parte del presente trabajo. Frente a la respuesta más habitual, que residencia la admisibilidad democrática de éstas normas sólo en el procedimiento de aprobación, nosotros creemos que el problema es mucho más complejo. Para resolverlo acudiremos a las teorías de identidad entre voluntad y sujeción y recepción de las normas privadas, como explicaremos en detalle más adelante. En todo caso, lo que queremos resaltar es que, incluso cuando está prevista la incorporación de estas normas mediante los métodos disponibles en el Derecho estatal consolidado, la doctrina admite en las normas privadas que si éstas no están aprobadas, tienen una cierta fuerza *de facto*.

Es en este aspecto en el que nosotros estudiamos las normas privadas, con el epíteto de internacionales, pues en la realidad del mundo jurídicamente global actual la dimensión de estas normas es igualmente global (o al menos supranacional). Pero esto no quita que algunas de esas normas puedan estar orientadas o diseñadas para se aplicadas a escala nacional o estatal: serán en todo caso supraestatales, por no estar vinculadas a ningún poder estatal. Por la misma razón, las entidades autorizadas son desde luego ciudadanos corporativos, pero éstos no se limitan a aquéllas, pues lo ciudadanos corporativos son sólo a veces entidades constituidas *con el fin de* generar normas privadas. La realidad es que la mayoría de ciudadanos corporativos, tal y como vamos a describirlos,

son circunstanciales, es decir, que su fin constitutivo no es crear normas, sino ejercer una actividad cualquiera (por lo general económica, pero no necesariamente), y eventualmente crean normas, en cuyo caso adoptan la posición de ciudadano corporativo. Pero volvamos a la teoría de la norma privada supranacional o supranacional, que es el objeto central de nuestro estudio.

Una voz autorizada que se ha pronunciado muy sólidamente sobre el asunto es el Profesor BAYÓN, que ha dedicado específicamente un estudio a la metodología jurídica en el campo de la internacionalización del Derecho. De este estudio hay muchos puntos muy sugerentes, pero el que probablemente conviene destacar con mayor ahínco es la exposición y crítica del llamado método autónomo<sup>212</sup>. Se trataría, naturalmente, de una propuesta hermenéutica completamente novedosa y adaptada a la realidad del Derecho global, que permitiera revertir las fuerzas centrífugas de la supranacional en centrípetas, reconduciendo la aplicación del Derecho global mismo.

Este proyecto, sin embargo, debemos juzgarlo con el citado Profesor como difícilmente viable (“espejismo” en sus propias palabras), al menos a día de hoy. La realidad del Derecho actual es precisamente la falta de uniformidad, de manera que difícilmente se puede someter a las normas privadas supranacionales al control (dogmático, no digamos ya jurisdiccional) de un método único a nivel global, ni aún intentando aunar varias tradiciones jurídicas, ni siquiera la continental y la anglosajona, cosa que además de pretenciosa por parte del mundo jurídico occidental, sería también muy difícil en la práctica.

Otra solución propuesta dentro del contexto del llamado “método autónomo” es que la norma supranacional se aísle del propio sistema del Estado en el que pretende aplicarse. De esta manera, la *lex fori* queda excluida de toda aplicación, ni siquiera interpretativa, a la norma supranacional, que es objeto de su propio sistema aplicativo. Esta opción tiene a su favor que funciona en ciertos Tratados internacionales, singularmente en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, que incluye este método en su artículo 7.1<sup>213</sup>. Como resulta obvio de este precepto, el funcionamiento de este sistema es excepcional, y exige siempre que haya detrás un Tratado, o incluso toda una rama del Derecho Internacional, con unas reglas y principios propios

---

<sup>212</sup> BAYÓN (2009:31 y ss.). Para otros ejemplos de la supuesta autonomía metodológica, vid. HEIDEMANN, M. (2013): “The autonomous interpretation method in international law with particular reference to the proposed European Sales Law I”, *Amicus Curiae*, n.93, pp. 21-30; GEBAUER, M. (2000): “Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation”, *Uniform Law Review*, n. 4, 683-705.

<sup>213</sup> “Artículo 7

1) *En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.*  
2) *Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.”*

que resuelvan los problemas interpretativos y las lagunas. Evidentemente, esto no es habitual en las normas privadas supranacionales. Y tampoco pensamos ni siquiera que fuera deseable, pues supone dejar todo control dogmático de la norma en manos de su propio autor, que como veremos a menudo carece de ninguna legitimidad democrática para ejercitar su potestad legislativa, y en ocasiones ni siquiera tiene mecanismos internos de autocontrol (que en cualquier caso no serían suficientes). He aquí el motivo por el que en el presente trabajo nos separamos deliberadamente de esta propuesta.

Como se verá más abajo, el método que proponemos aquí es esencialmente estatal, porque estatal sigue siendo el nivel territorial en el que la norma va a ser aplicada, y estatales son todos los vínculos jurídicos de la persona y la protección inmediata de sus derechos (sin perjuicio de la competencia revisora de la jurisdicción de ciertos Tribunales Internacionales, claro). Es en sede estatal donde la norma privada supranacional debe aplicarse, y por lo tanto es en sede estatal donde debe controlarse el sometimiento a sus principios constitucionales y los fundamentos de ordenamiento jurídico. La eficacia territorial que va a darse a la norma privada supranacional legitima su control estatal, que sólo puede admitir que la norma sea aplicada de una manera, y ésta es integrándola en el Derecho del Estado como una norma interna *ad casum*. No cabe en absoluto el “aislamiento” de la norma privada supranacional del sistema que rige en el Derecho del Estado, porque el ordenamiento producido por el legislador es el único que tiene legitimidad para ostentar eficacia territorial, y por lo tanto que sus normas sean aplicadas de forma efectiva. Mientras la norma privada supranacional esté fuera del sistema, no podrá ser aplicada intraterritorialmente, y a la inversa, cuando la norma privada supranacional haya sido integrada en el sistema, podrá aplicarse en condiciones de igualdad con las normas internas. Ahora bien, lo que sí diseñamos, en atención a las peculiares características de las normas privadas supranacionales, es un sistema propio de resolución de conflictos con otras normas estatales, basado sobre todo en el análisis económico del Derecho, una vez limitado éste adecuadamente por el control de principios constitucionales y derechos fundamentales. Pero sobre esto nos explicaremos con mayor claridad más abajo.

### 3. La formación de los conceptos.

Dentro de la metodología jurídica, el instrumento más clásico y consolidado es, sin duda, la formación de conceptos dogmáticos. Como magníficamente explican LARENZ y CANARIS, el Derecho moderno, tal y como lo entendemos dogmáticamente, es un sistema de conceptos abstractos<sup>214</sup>. La abstracción conceptual no es, desde luego, patrimonio de la Filosofía germánica, ni muchísimo menos, sino que como es archiconocido, se remonta a la Filosofía de la Grecia clásica, a

---

<sup>214</sup> LARENZ y CANARIS (1995:263).

partir de la cual la abstracción vertebró todo el pensamiento occidental. Dicho esto, probablemente uno de los grandes aciertos de LARENZ es introducir en el debate jurídico la distinción elaborada por HEGEL entre conceptos abstractos y concretos generales, en la que no podemos detenernos ahora<sup>215</sup>. Descendiendo un nivel, el estudio de los conceptos jurídicos puede hacerse también desde la distinción entre descriptivos y normativos. Los conceptos normativos serían a su vez valorativos, en el sentido en que expresan el valor positivo o negativo que el legislador atribuye a una conducta que autoriza u obliga o que prohíbe<sup>216</sup>. En el Derecho español, la doctrina de los conceptos dogmáticos ha estado magníficamente representada por DÍEZ SASTRE, quien ha incorporado los avances de la metodología alemana al Derecho español, y ha pretendido elaborar una propuesta sobre la formación de conceptos en la metodología jurídica contemporánea<sup>217</sup>. Superada la etapa de la jurisprudencia de conceptos de SAVIGNY o PUCHTA, que aspiró a construir una “pirámide de conceptos”, hace falta distinguir entre el concepto puramente histórico, del concepto dogmático, que es el único que responde a las necesidades actuales del Derecho vigente. De esta forma, el concepto dogmático es un producto de la abstracción de las normas vigentes (y eventualmente, jurisprudencia), y está indisolublemente unido a ellas, siendo su objeto sistematizarlas, y no buscar la esencia del propio concepto, materia ésta que pertenece al pensar investigador, por recuperar la distinción de GALLEGO, y que debe ser abordada por la Filosofía del Derecho, cuando no por la Filosofía pura. Ya hemos explicado antes que en el presente trabajo ambos métodos van a convivir, pues aunque predomine el dogmático, por ser éste el propio y característico del estudio del Derecho positivo, no se puede prescindir de reflexiones abstractas y esencialistas sobre los propios conceptos que vamos a aplicar.

Pues bien, presentamos aquí dos de los conceptos dogmáticos fundamentales que queremos formar en el presente trabajo. El primero de ellos no lo formaremos ahora, sino que nos limitaremos a enunciarlo, para entender sobre qué terreno andamos. En el segundo sí que nos detendremos en formar el concepto dogmático, porque a partir de un fenómeno jurídico existente, pretendemos vertebrar la atribución de potestades públicas mediante la construcción de un nuevo sujeto del mundo jurídico supranacional: el ciudadano corporativo. Veamos.

#### a) El Derecho global.

El primer concepto que queremos formar es el de Derecho global. El presente trabajo, al fin y al cabo, es un estudio sobre el Derecho global, pero no un estudio omnicomprendivo, sino centrado en

---

<sup>215</sup> LARENZ y CANARIS (1995:286).

<sup>216</sup> Así en RÜTHERS *et al.* (2013:119 y ss.).

<sup>217</sup> DÍEZ SASTRE (2015:116).



un aspecto de éste, un aspecto concretísimo, pero que pensamos tiene una enorme importancia sistemática, como es la integración de las normas privadas supranacionales en el Derecho interno, y la resolución de los conflictos con las normas internas. Vamos a limitarnos de momento a justificar la pertinencia metodológica de este objetivo, para ocuparnos más tarde de la formación del concepto, sobre el que hay una amplia literatura internacional que luego veremos.

En primer lugar, hablar del Derecho global, a día de hoy, es hablar de una realidad asistemática. Cuando la doctrina aborda el Derecho global, habitualmente habla de un conjunto de normas sin ninguna coherencia entre interna, o de unos principios vagos que, se supone, se verifican en las organizaciones internacionales o entidades de las que emanan, o mejor aún, que son presuntamente protegidos por los órganos internos de resolución de conflictos de estas organizaciones, que pretenden equipararse a órganos jurisdiccionales sin serlo, siendo todo ello también cuestionable. En materia del Derecho global escasean las monografías sistemáticas y abundan las recopilaciones. Las excepciones a esta falta de “sistema” existen, pues la doctrina más importante está intentando últimamente buscar un fundamento a las normas supranacionales en la Filosofía del Derecho, en el Derecho histórico (incluso romano) o en la dogmática jurídica. Ejemplos sobresalientes -estemos o no de acuerdo con sus conclusiones- son el intento de aplicación de la norma de reconocimiento de HART de KINGSBURY<sup>218</sup>, los trabajos de DANN, MAYERS, VON BOGDANDY en Alemania, entre otros<sup>219</sup>, CASSESE en Italia<sup>220</sup>, y en España, los trabajos de OSLÉ<sup>221</sup>, BARNES y la editorial Derecho global, y los estudios de DARNACULLETA<sup>222</sup>. Hay desde luego muchísimos más trabajos que éstos, que citaremos en su momento, aunque por ahora baste con decir que nos centraremos en estos trabajos punteros, que son los dogmáticamente más sugerentes.

b) El ciudadano corporativo.

Ha llegado el momento de formar un auténtico concepto abstracto que nos sirva para articular el Derecho global. Vamos a ver más adelante como este nuevo Derecho objetivo es el producto del ejercicio de la potestad legislativa por parte de una multiplicidad de entes de la más diversa índole, tanto públicos, como privados, como incluso no formalmente constituidos. Y no hay que extrañarse de que el interés político y económico de muchas de las normas privadas supranacionales determine a veces que esas entidades no formalmente constituidas sean las más importantes productoras de

---

<sup>218</sup> KINGSBURY (2009).

<sup>219</sup> Vid. como referencia MÖLLERS *et al.* (2007), aunque por supuesto hay muchísimos más que luego veremos.

<sup>220</sup> Sobre todo vid. CASSESE (2009).

<sup>221</sup> Singularmente OSLÉ (2007).

<sup>222</sup> Por poner un sólo ejemplo, el último en RAP de DARNACULLETA (2016).

normas privadas supranacionales, como sucede con el Comité de Basilea, que estudiaremos en particular en la última parte del presente trabajo.

Pues bien, se trata ahora de indentificar estos entes y abstraer un concepto de éstos. Excluidos los Estados, por razones evidentes -su personalidad jurídica es propia y distinta de las organizaciones supranacionales- nos quedan tres tipos de entidades que legislan de facto. Primero de todo, las organizaciones internacionales (como la OMC, que es el ejemplo por excelencia, pero también otras como la OIT o la FAO), que tienen una naturaleza jurídico-pública en Derecho Internacional, por ser constituidas mediante tratados internacionales y ser sus miembros Estados. En segundo lugar, las entidades privadas puramente legisladoras, aquellas que no se constituyen por tratado internacional sino por meros acuerdos entre los participantes, si es que están escritos, que tienen naturaleza privada y en las que pueden tomar parte tanto Estados o sus órganos especializados en alguna materia como entidades puramente privadas, o sólo éstas. De éstas pueden distinguirse aún dos categorías (de ahí las tres de las que hablábamos antes), las que se constituyen formalmente y las que se constituyen meramente *de facto*. El ejemplo más relevante de las primeras es probablemente la ISO (*International Organization for Standardization*), la organización privada para la estandarización de las normas supranacionales. De entre las entidades *de facto*, el más célebre ejemplo es el Comité de Basilea, que ya he mencionado y que desarrollaré más tarde. Estas entidades privadas (o no estatales) pueden constituirse de cualquier forma (incluyendo cualquiera de Derecho privado, siempre del foro en el que se constituyen, evidentemente) y pueden tener cualquier sede (aunque curiosamente muchas de ellas se concentran en Suiza).

Consecuentemente, la cuestión estriba en abstraer una categoría para todas estas entidades, si es que todas ellas deben englobarse bajo el mismo paradigma. Llegados a este punto, creemos que debemos renunciar a separar las normas emanadas de las organizaciones internacionales y las de las entidades privadas (aunque en ellas participen Estados o sus órganos internos). Es cierto que las primeras podrían ampararse bajo diferentes categorías de Derecho Internacional Público. Pero también es cierto que la categoría concreta del Derecho Internacional bajo la que deben incluirse una recomendación del FMI o una resolución del Órgano de Apelaciones de la OMC no ha sido creada. En resumen, necesitamos igualmente una categoría normativa para amparar las normas de las organizaciones internacionales, al producirse estas normas fuera del control directo de los propios Estados miembros de aquéllas, sino como voluntad legislativa autónoma de aquéllas organizaciones. En este punto, *de facto*, no se distinguen en nada de las entidades privadas supranacionales. De ahí que, siendo las normas de naturaleza similar, deba serlo también el sujeto legislador conceptualmente construido.

Respondamos ahora entonces a la pregunta, que es en realidad previa a la existencia de las mismas normas privadas supranacionales. A saber, quién es este sujeto legislador, con qué legitimidad legisla y cómo lo hace. La primera pregunta vamos a responderla inmediatamente formando el concepto. Las dos últimas merecen un análisis más detenido, del que nos ocuparemos a lo largo del trabajo al analizar los fundamentos de la legitimidad.

Decíamos que vamos a estudiar las normas supranacionales con carácter general, desde el punto de vista de su incardinación en el sistema de fuentes, para luego descender a un análisis de casos específicos. Pero hay un problema previo: el de la autoría de las normas supranacionales. Es decir, el estudio de la legitimación de las normas supranacionales no está completo sin un estudio previo de los sujetos que elaboran las normas supranacionales.

El esquema del Estado-Nación liberal es bien conocido y ha imperado durante dos siglos: el Estado es titular monopolístico de la potestad legislativa, de una u otra forma. Incluso aunque la titularidad se atribuya constitucionalmente a un órgano representativo (como corresponde a una democracia) la potestad legislativa no deja de atribuirse a un órgano del Estado.

La realidad actual desborda este esquema. Habrá tiempo en esta obra de conocer algunas de las múltiples organizaciones que, a nivel internacional, generan normas supranacionales que rivalizan con las del Estado. Además, existe también el omnipresente problema de las normas de terceros Estados con efectos en el Estado territorial, pero éste no puede identificarse propiamente con el problema de las normas supranacionales, sino que más bien le corresponde al estudio de otra rama del Derecho administrativo, también en pleno crecimiento: el *Derecho administrativo Internacional*.

Por supuesto, el problema de las normas emanadas de organismos no estatales es su legitimidad. Unas son organizaciones internacionales propiamente dichas: su ejemplo paradigmático -ya lo hemos dicho- es la OMC. Otras son, sencillamente, empresas privadas. En las primeras, se podría intentar trazar alguna conexión de legitimidad pública, precisamente por el fundamento jurídico-público que las constituye (la voluntad de los propios Estados). Pero eso no resolvería el problema: las normas emanadas de las propias Organizaciones Internacionales no son en ningún caso normas del Estado mismo, y de hecho entran habitualmente en conflicto con las normas internas del Estado y perjudican sus políticas. En este sentido, la propia OMC tiene una larga trayectoria de crear normas (o imponer decisiones de carácter normativo) que entran en conflicto con las normas internas de sus Estados miembros, habitualmente en materia de medioambiente.

Por eso precisamente consideramos que las normas emanadas de las Organizaciones Internacionales no deben distinguirse de aquellas emanadas de entidades privadas, ni tampoco

deben distinguirse los propios sujetos entre sí. En la teoría clásica del Derecho Internacional Público, la legitimidad de las normas de las organizaciones internacionales se derivaría de su propia constitución como tales, y como tal tendrían una naturaleza jurídico-pública. Ahora bien, como ya sabemos, esta naturaleza jurídico-pública no puede afirmarse abiertamente, porque no puede encontrarse un anclaje directo, por ejemplo, de las decisiones del Comité de Apelaciones en el Derecho de Tratados, y mucho menos en el Derecho interno contra el que falla. Las normas supranacionales emanadas de entidades privadas, sin embargo, no cuentan tampoco con un estatus jurídico-público. Ni con este ni con ningún otro: simplemente, van destinadas a ciertos sujetos que habitualmente las cumplen. Por lo tanto, la primera cuestión a dilucidar es qué posición tienen esos sujetos de los que emanan las normas supranacionales privadas. La respuesta más adecuada, creemos, pasa por afirmar de nuevo uno de los fundamentos esenciales del Derecho global: la hibridación entre Derecho público y privado. De esta forma, tanto las normas emanadas de las Organizaciones Internacionales como aquellas dictadas por entidades privadas o de mero facto tienen la misma naturaleza: normas privadas dictadas en ejercicio de una potestad pública. Al mismo tiempo, los sujetos que las crean pueden, a efectos del ejercicio de esta potestad normativa (y por supuesto, exclusivamente a estos efectos) abstraerse bajo un mismo concepto: el ciudadano corporativo.

Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza de esos sujetos? Mejor dicho, ¿es posible subsumir esa inmensa maraña de Organizaciones Internacionales y entidades privadas diversísimamente constituidas en un concepto común? Esa será la primera tarea a la que nos enfrentaremos. Apostaremos por un concepto capaz de abarcar ambas, insistimos siempre, a los exclusivos efectos de su actividad de creación normativa. El objetivo es aplicarles un régimen jurídico común, y dar así un tratamiento equivalente a sus normas. Eso sí, será un concepto con un profundo compromiso metodológico desde su mismo nombre. El nombre, una vez más, nos revelará su desnuda naturaleza.

El fenómeno de la creación normativa supranacional y privada se inscribe en un proceso de creciente toma de poder de las entidades privadas a nivel supranacional, como no podría ser de otra forma: la creación de normas es la mayor potestad derivada de la ostentación de poder. Es por lo tanto una situación de hecho de la sociedad actual, pero en absoluto un fenómeno esporádico o casual. Se trata exclusivamente de una consecuencia de la evolución de la economía y la industria a nivel mundial, pero fuertemente enraizada en las tradiciones jurídicas continentales. Es, en definitiva, el Derecho del tiempo que viene, un tiempo que ya ha llegado. Esto es fundamental: la palabra Derecho el producto de una tradición jurídico-lingüística, y si hoy el concepto de Derecho

incluye las normas supranacionales privadas, es porque hay fundamento para que éstas se incorporen a nuestro acervo jurídico.

Luego veremos cómo se puede justificar jurídicamente el ejercicio de potestades públicas por parte de estas entidades privadas fundándonos en esta naturaleza histórica. Esta reflexión la consideramos necesaria, porque así podremos someter dicho ejercicio al Derecho público sin tener que recurrir al argumento de que estas entidades ejercen potestades equivalentes o *similares* a las públicas “de hecho”, que nos parece más endeble. Semejante argumento deja a la teoría de las normas supranacionales privadas indefensa frente a los defensores a ultranza de la autonomía de la voluntad, y es una mala explicación para la naturaleza jurídico-pública de las decisiones de estas entidades privadas. Pero nosotros demostraremos como estas entidades privadas sí que son centro de imputación de potestades públicas, que son el fundamento de esas normas privadas supranacionales, y veremos la tradición que esta fórmula (la ostentación privada de potestades públicas) tiene en el Derecho europeo, y por qué reaparece ahora aquí.

Pero primero caractericemos a estas entidades privadas. Sin duda su tipología es diversísima, tanto que no podemos abordarla en este momento, ni siquiera aproximativamente. Digamos eso sí que conviven desde grandes asociaciones de empresas de un mismo sector, hasta organismos independientes de autorregulación a los que se someten los sujetos privados o incluso puras multinacionales, organizadas en grupos de empresas de diferente estructura.

Entonces, ¿qué unidad puede haber entre todos estos entes? No hay que entrar en confusiones sobre la distinta naturaleza jurídico-privada de estos entes. En todo caso, esa sería tarea del Derecho privado, y aún cabría preguntarse del Derecho privado de qué ordenamiento jurídico (sería, en todo caso, del de su constitución). Ahora bien, a efectos del Derecho público, el problema es más sencillo: tan pronto como haya un sujeto capaz de crear normas, hay un sujeto al que hay que categorizar, y someter a control, para que sus normas puedan ser aplicadas territorialmente con garantías. Esas garantías son al menos el respeto a los derechos fundamentales y el orden público interno del Estado en el que se pretenden aplicar, entre otros que desarrollaremos más tarde. La características

comunes de todas estas entidades, por tanto, son tres: son privadas, crean normas y ejercen su actividad en un plano supraterritorial<sup>223</sup>.

La pregunta es, qué concepto común podemos formar con estas características. En el ámbito del Derecho penal patrimonial y económico, el profesor GÓMEZ-JARA ya ha dado una respuesta en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que bien podemos traer aquí. Para justificarla, el argumento que trae de la doctrina norteamericana ancla la responsabilidad en el reforzamiento de la posición pública de las sociedades, y el papel que vienen ejercitando en el Derecho moderno. Sin pretender equiparar el estatus de las sociedades al de los ciudadanos, sí reconoce a las personas jurídico-privadas un mínimo de ciudadanía, el suficiente como para ser titular de derechos, sí, pero también de algunas de las obligaciones y el sometimiento a responsabilidad administrativa y penal propio de los ciudadanos persona física. Nace así el concepto de ciudadano corporativo<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> Hablamos de supraterritorialidad en el entendido de que se toma el término en el sentido habitual como un nivel desterritorializado de ejercicio de potestades, en oposición a territorial, que es el poder que se ejerce sobre un territorio concreto. Supraterritorial no significa necesariamente que la entidad privada tenga que estar establecida en diferentes territorios, sino simplemente que ejercita su poder a un nivel carente de territorialidad, y que luego sus normas son potencialmente aplicables en cualquier territorio. Por ejemplo, una multinacional establecida en más de cien países puede dictar normas aplicables a todos sus franquiciados, auténticas normas regulatorias controlables por el Derecho público, y desde luego estará ejercitando una potestad supranacional. Pero también la ejercita una empresa establecida sólo en el territorio de un Estado, pero que dicta normas aplicables a la elaboración de sus productos, y que se dirigen por igual a los empleados encargados de la fabricación del producto o a los proveedores en cualquier país del mundo. Semejante ejercicio de potestades no puede reducirse a directrices laborales, por ejemplo (desde luego, no son normas que se apliquen sólo a los trabajadores), y es puramente supraterritorial, porque no es producción normativa desarrollada en ningún territorio en concreto, sino una actividad normativa autónoma de una entidad privada que podrá ser aplicado igual a una fábrica en el Estado en el que se constituyó la sociedad o a un proveedor en cualquier otro Estado, por ejemplo. Ambos ejemplos son iguales, son supuestos de producción normativa en la que el factor territorio es irrelevante, es decir, genuinamente supraterritorial.

<sup>224</sup> El “Buen Ciudadano Corporativo” (derivado del americano *Good Corporate Citizen*) es un modelo válido para el Derecho penal, cuya estructura tampoco queremos reproducir aquí. Se trata más bien de que el reconocimiento de ese mínimo de ciudadanía a las personas jurídico-privadas sustente nuestro propio concepto de ciudadano corporativo, de manera que podamos convertir al ciudadano corporativo del Derecho administrativo Internacional o Global en centro de imputación de potestades jurídico-públicas, y por lo tanto someterle a los mecanismos de control propios del Derecho público. Sobre el concepto de Buen Ciudadano Corporativo en Derecho penal económico trata ampliamente GÓMEZ-JARA (2005:249 y ss.) y HEINE y GÓMEZ-JARA (2010:170 y ss.). Sí que es interesante decir que este concepto nace en el ámbito del *compliance*, es decir, del sometimiento al control regulatorio público y el control interno de la eficacia de éste, cuya justificación habitualmente reduce las sanciones de las personas jurídicas que son castigadas por infracciones administrativas o penales. De ahí que el concepto pueda tener una proyección mucho más amplia que la meramente penal, a pesar de que en este trabajo no abordamos -en principio- un ámbito puramente sancionador. Pero tampoco hay que olvidar que muchas de las normas supranacionales privadas tienen un contenido sancionador, y a éstas les podrán ser aplicados mecanismos de control del Derecho administrativo sancionador. Como bibliografía general, vid. LOCKE, R.M. (2002): “Note on Corporate Citizenship in a Global Economy”, *MIT Working Paper series*, IPC-02-008; CARROLL, A.B. y SHABANA, K.M. (2010): “The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice”, *International Journal of Management Reviews*, pp. 85-105; MOON, J., CRANE, A., MATTEN, D. (2005): “Can corporations be citizens? Corporate Citizenship as a Metaphor for Business Participation in Society”, *Business Ethics Quarterly*, n. 15, pp. 429-453; BANERJEE, S. B. (2008): “Corporate social responsibility: The good, the bad and the ugly”, *Critical Sociology*, 34(1), pp. 51-79; SCHWAB, K. (2008): “Global Corporate Citizenship: Working With Governments and Civil Society”, *Foreign Affairs*, n. 87 No. 1, pp. 107-118; GARDBERG, N.A. y FOMBRUN, C.J. (2006): “CORPORATE CITIZENSHIP: CREATING INTANGIBLE ASSETS ACROSS INSTITUTIONAL ENVIRONMENTS”, *Academy of Management Review*, Vol. 31, No. 2, 329-346.

El ciudadano corporativo del Derecho administrativo Internacional no es un ciudadano de un Estado. Es ciertamente un ciudadano incorporado como sociedad o inscrito en un Registro de sociedades o asociaciones según el Derecho del Estado en el que se haya constituido en cada caso, sí. Y también es un sujeto perteneciente a una determinada cultura jurídica, incluso aunque no sea occidental. Pero esto lo desentrañaremos más tarde. De momento, examinemos qué significa el concepto de “ciudadano” y “corporativo”.

El status de ciudadanía (que no podemos examinar aquí) ha implicado tradicionalmente una posición pasiva para el ciudadano respecto de la Administración. Esta situación cambia cuando el ciudadano evoluciona desde su posición de mero administrado en el Derecho administrativo del Estado liberal, al de ciudadano activo ante la Administración. En el caso de las personas físicas, aisladas y con escaso poder ante la autoridad administrativa, son las leyes de procedimiento las que colman el papel de protección, otorgándoles derechos y facultades (motivación de los actos, derecho de audiencia, incluso participación pública en la elaboración de los Reglamentos). Queda además abierta la vía de la Justicia administrativa, ejercitable mediante el recurso contencioso-administrativo.

El ciudadano corporativo goza de los derechos propios del ciudadano en Derecho administrativo que pudieran predicarse de las personas jurídicas, que son probablemente la mayoría. El ámbito de los derechos administrativos no es en este aspecto tan complejo y polémico como el de los derechos constitucionales, y en general puede decirse que las personas jurídicas tienen una posición asimilable a la de los ciudadanos persona física.

Pero el ciudadano corporativo ostenta además una potestad mayor, una potestad que no está en manos de los ciudadanos y que es genuinamente jurídico-pública: la potestad de crear normas. No se trata de meras declaraciones de voluntad *inter privatos*. Y no se rigen por tanto por la autonomía de la voluntad de las partes. Esto es así porque las decisiones que adoptan los ciudadanos corporativos son disposiciones de alcance general, que obligan a sujetos con los que no media necesariamente una relación contractual, y si la hay, ésta no es suficiente como para vincularles a todo un sistema de normas internas (por ejemplo, el sometimiento del proveedor a las normas de la multinacional que es su cliente).

Por lo tanto, podemos concluir que las entidades privadas internacionales ostentan una posición prominente en la que podríamos llamar “sociedad supranacional”, mucho mayor que la del ciudadano del Derecho administrativo. Esa posición, que hemos conceptualizado como la del ciudadano corporativo, tiene una naturaleza propia, que excede con mucho las posibilidades de la

ciudadanía tradicional. La relación Estado-ciudadano se ve superada por una completa interdependencia entre ambos, en la que el ciudadano corporativo puede asumir potestades públicas propias del Estado y la Administración.

Ante esta situación, surge la problemática del conflicto internormativo entre las normas del ciudadano corporativo y las normas del Estado territorial. Este conflicto implica un enfrentamiento público-privado, que excede los límites de la autonomía de la voluntad iusprivatistas y que impide al ciudadano corporativo ampararse en la autonomía de la voluntad para imponer sus normas. Se trata de un enfrentamiento jurídico-público entre normas, no del tratamiento de declaraciones de voluntad privadas en el Derecho nacional. No cabe por lo tanto la solución de recurrir meramente a la autonomía de la voluntad y a normas dispositivas del Derecho nacional para permitir la aplicación de “declaraciones de voluntad” que en realidad son puras normas jurídico-públicas, aunque sean dictadas por una entidad privada, el ciudadano corporativo.

El ciudadano corporativo del Derecho administrativo Internacional, por su propia naturaleza, no es el ciudadano de un Estado, posición que sí tiene cuando sus actos se realizan en el territorio de un Estado y tienen efectos territoriales. Su potestad normativa, sin embargo, tiene efectos exclusivamente personales (entre el ciudadano corporativo y los destinatarios de la norma, independientemente de dónde se encuentren) y se produce como decimos en un ámbito supranacional.

Esta “ciudadanía” por lo tanto no se corresponde con el modelo de ciudadanía propio del Estado Liberal, no es una ciudadanía-relación jurídica entre el Estado y el Ciudadano, sino una ciudadanía-institución: el ciudadano corporativo es autoconstitutivo, y forma parte de una sociedad de ciudadanos corporativos iguales que él. Es un concepto que se deriva necesariamente el carácter *social* de las relaciones supranacionales, en las que intervienen, al menos, los Estados, las Organizaciones Internacionales y los propios ciudadanos corporativos. Es por lo tanto un ámbito mayor que la tradicional Sociedad Internacional del Derecho Internacional Público, en la que los únicos actores son los Estados territoriales, y en la que el resto de los entes tienen una posición inferior (las Organizaciones Internacionales) o no tienen cabida, al menos no formalmente (las entidades privadas). En la sociedad de entes internacionales, que existe paralelamente a la Sociedad Internacional conocida desde los siglos XIX y XX, el Estado y el ciudadano corporativo tienen posiciones similares, y es un hecho que a menudo el segundo puede retar e incluso imponer sus normas al primero.



Ahora bien, la realidad es que a día de hoy, el Estado conserva el monopolio del poder territorial, y debe utilizarlo para limitar el poder del ciudadano corporativo: las normas emanadas de éste no deben tener efectos territoriales si no pasan por el tamiz del control jurídico del Estado según sus propias normas internas. Pero eso tampoco significa que esas normas haya que rechazarlas: lo que hay que hacer es someterlas a control. Con todo, tampoco se le puede negar al ciudadano corporativo su estatus de ciudadano, aunque el concepto exceda los límites del concepto de ciudadanía tradicional en el Estado-Nación liberal. El reconocimiento de la condición de ciudadano supranacional de los ciudadanos corporativos debe conllevar la atribución de derechos y deberes jurídico-públicos en el ejercicio de su actividad.

En lo que respecta a sus derechos, éstos se verán realizados en el ámbito territorial de conformidad con el Derecho administrativo tradicional, pudiendo los ciudadanos sujetos a un Derecho administrativo particular (el español, el italiano, el alemán, o desde luego también el europeo) reclamar ante la Administración correspondiente lo que a su derecho estimen conveniente. Pero en el ámbito supranacional esto no bastará: fuera del control de las Administraciones territoriales, deben entrar en juego deberes jurídico-públicos propios de los ciudadanos corporativos. Y el momento para exigir su cumplimiento será el de la integración de las normas privadas supranacionales en el Derecho del Estado territorial. Porque efectivamente, aunque sus efectos sean personales, de facto se aplicarán en un territorio, y es el Estado con potestad sobre dicho territorio el que debe controlar la aplicación de las normas supranacionales. Mediante el control de la aplicación de sus normas se controla también el cumplimiento de sus deberes jurídico-públicos. Por ejemplo, la elaboración de una norma ISO sin dar acceso a audiencia pública de los potenciales afectados, puede justificar, como veremos después, su inaplicación territorial. Este control de la norma es al mismo tiempo un control del sujeto del que emana, del ciudadano corporativo, de manera que el ejercicio de sus potestades no tendrá efectos territoriales si el sujeto no ha cumplido con el deber jurídico-público de dar acceso a una audiencia pública. Pero en todo caso hay que admitir la institucionalización de los entes privados que participan en la sociedad supranacional mediante su constitución como ciudadanos: los ciudadanos corporativos.

#### 4. La formación de los tipos (sobre el concepto de norma jurídica).

El mismo razonamiento que ya hemos hecho con la formación de conceptos, cabe aplicarlo ahora a la formación de tipos. Este es un recurso metodológico que fue cobrando importancia a medida que ha ido ganando terreno a la formación de conceptos<sup>225</sup>: consiste en la formación de grupos de concretos que comparten una serie de características similares, pero sin que necesariamente todas

---

<sup>225</sup> Sobre esto vid. LARENZ y CANARIS (1995:290) y RÜTHERS *et al.* (2013:123).

las características deban darse en todos los objetos concretos a la vez, y desde luego sin formar un “abstracto” de los propios objetos concretos. Un objeto es de un tipo si comparte algunas de las características que identifican al tipo, desde luego no todas, pero sí algunas de ellas. Así, puede hipotéticamente darse el caso de que dos objetos sin características en común sean tipos, siempre que ambos tengan características (diferentes) del tipo, o lo que es más probable, que compartan una o muy pocas características, pero aún así sean del mismo tipo.

Pues bien, en el presente epígrafe pretendemos demostrar que las normas supranacionales son un tipo, y a su vez elaborar la clasificación correspondiente. Efectivamente, hemos renunciado a formar un concepto de norma privada supranacional. Cabe preguntarse cómo puede ser esto si, siendo la formación de conceptos el instrumento metodológico por excelencia, parece que lo evidente sería formar también un concepto como *prius* lógico a cualquier análisis del objeto del presente estudio. Pues bien, el motivo por el que renunciamos a formar un concepto de norma privada supranacional es porque creemos que no existe tal concepto, y que fracasaríamos en el intento, creando mayor complejidad en un sistema plurinormativo ya de por sí inmanejable. El concepto abstracto en el que se subsume la norma privada supranacional es el de norma jurídica. Por lo tanto, el concepto del que partimos como fundamento en este estudio es la norma jurídica, no la norma jurídica privada internacional. Ésta última no pasa de ser un tipo de norma, no un concepto propio.

Esta reflexión no nos parece baladí: si asumimos que la norma privada supranacional es un concepto autónomo, aunque admitiendo que se trata de un subconcepto del de norma jurídica, esto implica que estamos ante un concepto diferente del de norma jurídica interna. Por lo tanto, aunque ambas pertenezcan al mismo supraconcepto, el de norma jurídica, ambas serían conceptualmente distintas, y entonces sí que requerirían un método autónomo y distinto para ser aplicadas. Por supuesto, los conflictos entre ellas serían irresolubles, porque cada una de ellas es un concepto propio, con sus propios elementos esenciales. Al optar por aplicar una u otra estaríamos barajando opciones sustancialmente distintas. Esta es precisamente la conclusión que queremos evadir. Si asumimos -como nosotros hacemos- que ambas son meras normas jurídicas, y que sus diferencias son de tipología -es decir, de características, de lo no esencial- entonces el conflicto resulta darse entre dos sustancias iguales (dos normas jurídicas), y las posiciones equiparadas facilitan enormemente la resolución del conflicto normativo. Ahora ya no tenemos más que elegir entre dos concretos de distinto tipo dentro del mismo concepto, y la metodología válida para la resolución de conflictos normativos *ad intra* es válida para resolver los conflictos entre la norma interna y la supraestatal, pues su objeto es el mismo concepto, la norma jurídica.

Dicho esto, la clasificación que aquí presentamos no es ni mucho menos de todos los tipos de norma jurídica, sino específicamente la clasificación de los subtipos de un tipo, el de las normas jurídicas que tienen la característica la internacionalidad, entendiendo por tal cualquier circunstancia no estatal en su eficacia, pero excluyendo aquellas que, teniendo efectos exclusivamente nacionales, pueden tener un contenido que pueda calificarse como inter o supranacional (la incorporación de una Directiva, o la transcripción de una norma del Derecho alemán, por ejemplo). Estos pasos se producen exclusivamente en el momento de legislar, y no nos interesan aquí como características de internacionalidad, por no tener importancia en lo que respecta a la validez y eficacia de las normas supranacionales.

Desde este prisma, tenemos identificamos tres tipos de normas supranacionales. En primer lugar, tenemos las normas de eficacia transnacional. Éstas serían normas jurídicas internas, pero con la característica de tener una cierta eficacia internacional, o dicho con más precisión, transnacional, porque su eficacia no se produce en el ámbito del Derecho internacional público, sino en el territorio de otro Estado. En estas normas se manifiesta un fenómeno fundamental de la internacionalización del Derecho público, y uno de los objetos de estudio típicos del Derecho global, a saber, la eficacia de la norma estatal, tradicionalmente limitada al territorio, en un territorio ajeno y sometido a su propia soberanía estatal y a su propio sistema jurídico. Así sucede por ejemplo en el seno de la Unión Europea cuando entran en juego los mecanismos de reconocimiento mutuo, o incluso con muchas normas no propiamente consensuadas, sino todo impuestas por ciertos Estados, que tienen efectos ultraterritoriales, aplicándose a relaciones jurídicas ajenas tan pronto como interviene un elemento nacional, aunque sea muy tangencial. Esto es lo que sucede con gran parte de la legislación financiera norteamericana. Mención aparte merecería la extraterritorialidad del Derecho penal, especialmente vigente en las llamadas órdenes europeas de detención, objeto de gran polémica jurisprudencial, como bien sabemos. Ahora bien, este no va a ser el objeto en el que nos centremos en el presente trabajo.

Un segundo tipo de normas supranacionales son las normas de las organizaciones internacionales. Éstas se caracterizan por emanar de organizaciones constituidas por Estados y a menudo con estatus jurídico-público en el Derecho Internacional, pero que no necesariamente tienen atribuida la potestad de crear normas, y menos aún que puedan, hipotéticamente equipararse a Leyes o a otros tratados internacionales. Por último, algunas de estas normas son propiamente resoluciones de sus órganos de apelación, como sucede con el famoso Comité de Apelación de la OMC, pero que no se identifican ni con resoluciones judiciales (que no lo son) ni con actos administrativos, sino con normas. Sobre esto explicaremos algo inmediatamente.

Por último, tendríamos las normas privadas supranacionales propiamente dichas. Éstas serían las normas emanadas de las entidades privadas supranacionales, que abordan ámbitos regulatorios ocupados en el ordenamiento interno por el Derecho público, y que tienen una eficacia potencialmente mundial, pero que requieren su reconocimiento en el Derecho estatal para poder ser aplicadas territorialmente. Ahora bien, a estas entidades privadas supranacionales las habíamos incardinado en el concepto de ciudadano corporativo, al igual que a las propias organizaciones internacionales, en tanto que creadoras de normas jurídicas. Pues bien, ambos tipos de normas deben considerarse “hermanos gemelos”: en la medida en que el Derecho Internacional no puede absorber las normas, directrices y recomendaciones emanadas de las propias organizaciones internacionales, su eficacia será la misma que la de las normas emanadas de entidades privadas, y la naturaleza del sujeto que ejercita la potestad también, pues puede reducirse su naturaleza a la de un sujeto que ejercita potestades públicas sin la legitimación estatal. En definitiva, la naturaleza de la organización, pública, privada o *de facto*, no condiciona la naturaleza del ejercicio del poder legislativo, que es siempre privado en tanto que no goce de la legitimidad estatal. Por lo tanto, las normas que surjan de este ejercicio, ya provengan de organizaciones internacionales o de entidades privadas o de reuniones celebradas informalmente, son siempre privadas e internacionales. Queda pues abolida la distinción entre normas de las organizaciones internacional y privadas internacionales, pues lo determinante en su carácter privado no es la naturaleza del sujeto del que emanan, sino de la naturaleza del ejercicio de la potestad ejercitada, que en tanto que no es estatalmente legitimada, es siempre privada<sup>226</sup>.

Hay todavía un último punto que aclarar en esta materia, la distinción entre norma y acto. Tal distinción está aún por desarrollar en el Derecho global, de manera que toda decisión en ejercicio de potestades públicas, incluso aunque no goce del requisito de la generalidad (tan cuestionado en la teoría de la norma jurídica) debe reconducirse al concepto de norma, al menos hasta que se forme un concepto de acto internacional. De hecho, tampoco vemos clara la utilidad de esta distinción en el Derecho global, donde probablemente no crearía más que confusión en una realidad ya de por sí confusa. Deberíamos recordar, por otra parte, que a pesar de la espectacular consolidación de la distinción entre norma y acto en todas las doctrinas administrativas occidentales en la segunda mitad del siglo XX (incluyendo en la inglesa), la distinción ya fue objeto de escrutinio por ZANOBINI, quien no llegó a ningún postulado concluyente, más que a la naturaleza política y

---

<sup>226</sup> Estas normas privadas supranacionales, tal y como las estudiamos en el presente trabajo, son las que se incorporan mediante su alegación en un procedimiento judicial, y a menudo resolviendo un conflicto con una norma interna, como luego veremos. Si las mismas normas las ha incorporado el legislador por remisión, entonces el fenómeno de la eficacia de las propias normas privadas, tal y como lo estudiamos aquí, no se produce. La incorporación de las normas privadas supranacionales por remisión la ha estudiado MELERO ALONSO (2005:127), en el caso citado en relación con la norma UNE EN 1143-1.

aporística de la distinción<sup>227</sup>. Por este motivo, en el presente trabajo desatendemos la distinción, reconduciendo todos los ejercicios supranacionales de potestades públicas al concepto de norma jurídica. El futuro dirá si la distinción cabe y es útil en el Derecho global.

5. La teoría dogmática de la incorporación de las normas privadas supranacionales al Derecho del Estado.

5.1. Derecho público frente a Derecho privado: una necesaria discusión previa<sup>228</sup>.

Como puede observarse ya, la distinción entre Derecho público y Derecho privado tiene una importancia fundamental en el tratamiento metodológico, no sólo de las normas privadas supranacionales, sino de cualquier fenómeno del Derecho contemporáneo. Pero la perspectiva no puede ser ya la caracterización de las normas dentro de uno u otro sector del ordenamiento, sino muy al contrario, la abolición misma de la distinción, no desde luego para todo el Derecho, pero sí para el Derecho administrativo global. Es decir que, según entendemos nosotros, el Derecho contemporáneo ha pasado por dos fases de transformación: la primera, la que BOBBIO explicó con su célebre expresión “publificación del Derecho privado y privatización del Derecho público”, donde la distinción se va diluyendo, pero aún existe. Y la segunda, la actual, es la que CASSESE, en su última edición de su manual de Derecho administrativo, expone al describir el Derecho administrativo general (no sólo el global) como una materia no de Derecho público, sino de Derecho mixto<sup>229</sup>. Por lo tanto, la perspectiva que vamos a adoptar es exactamente ésta: el Derecho administrativo moderno es un Derecho mixto entre público y privado, que puede manifestarse igual en un acto administrativo que en un contrato entre privados. Y esto sucede por una razón, y es que el carácter público del Derecho administrativo reside en el carácter público de la función regulada, pues son las funciones las que definen el Derecho administrativo, no el contenido. De ahí que las normas privadas supranacionales sean materia de Derecho público, porque su creación, recepción y eficacia son manifestaciones de la función normativa (si no se quiere el término legislativa), son en definitiva el ejercicio de una potestad pública, que se ejerce al margen y en sustitución de su equivalente estatal, la potestad-función legislativa. La oposición hegeliana entre Estado y Sociedad que caracteriza las relaciones de Derecho privado pierde importancia cuando un agente de la

---

<sup>227</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (1981:280) citando a ZANOBINI (1917): “Sul fondamento dell’inderogabilità dei Regolamenti”, *Rivista di Diritto Pubblico*, pág. 15.

<sup>228</sup> Sobre la distinción Derecho público-Derecho privado, vid. COLMEIRO (1875:34); DE CASTRO (1955:97); CASTÁN (1986:) y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011:); VELASCO CABALLERO (2009:101); LACRUZ BERDEJO (2010): Elementos de Derecho Civil: I. Parte General Volumen Primero. Madrid: Dykinson. (2010:97); ALMOGUERA (2002:97);

<sup>229</sup> Así en CASSESE (2015:3 y ss.).

sociedad (como el ciudadano corporativo) ejerce de facto potestades y funciones genuinamente públicas. De ahí que las normas privadas supranacionales deban ser estudiadas desde el Derecho público, pues estas normas, que son manifestación de una potestad-función pública autoatribuida por el ciudadano corporativo a sí mismo, tienen una vertiente jurídico-pública fundamentalísima. Reducirlas a Derecho privado supondría renunciar a todas las garantías del Derecho público en su control y aplicación, cosa obviamente inadmisibles. Veamos por tanto, cómo la distinción Derecho público-Derecho privado se va diluyendo en los nuevos sectores normativos, y cómo las normas privadas supranacionales son expresión genuina de un nuevo fenómeno jurídico, propio del Derecho global: la hibridación.

A propósito de la hibridación precisamente, resulta necesario distinguir las normas privadas supranacionales o supranacionales de un fenómeno nítidamente de Derecho privado, los contratos de adhesión<sup>230</sup>. La contratación por condiciones generales, o cláusulas no negociadas individualmente no pueden confundirse con normas supranacionales por tres motivos. El primero de ellos, de carácter subjetivo, es la naturaleza del autor de la norma. Las condiciones generales de la contratación son elaboradas por una de las partes contratantes que, en lugar de negociarlas individualmente con la contraparte más débil -o mejor dicho, en ausencia de una alternativa real a disposición del contratante débil para contratar<sup>231</sup>- las imponen, siéndoles imputables exclusivamente a la parte fuerte. En las normas privadas supranacionales, sin embargo, el autor es un ciudadano corporativo, es decir, un sujeto que, a menudo incluso como parte de su actividad habitual o exclusiva (como es el caso de las organizaciones de normalización, como ISO internacionalmente y AENOR en España), realiza una actividad concreta que consiste en la regulación sistemática de un ámbito jurídico objetivo. Aquí encontramos el segundo elemento, el carácter objetivo. Efectivamente, estas condiciones generales de la contratación, sin embargo, no están dirigidas a regular sistemáticamente el conjunto de una materia objetiva, sino exclusivamente las condiciones del contrato en concreto, al contrario que las normas supranacionales, que sí que están destinadas a la regulación de todo un ámbito objetivo-material. Por último, las condiciones generales de la contratación sólo tienen efectos inter partes, por más que en algunos sistemas jurídicos, como el español, se contemple su “registro” (en todo caso, mero depósito

---

<sup>230</sup> En esta materia, la bibliografía es copiosa. Indispensable desde luego es la cita de ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991): *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid: Civitas, y también MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dirs.) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coords.) (2002): *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Civitas, y BALLESTEROS GARRIDO, J.A. (1999): *Las condiciones generales de los contratos y principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona: Bosch; a los que puede añadirse alguna obra clásica de la doctrina fundamentalmente alemana: vid. PFLUG, H.J. (1986): *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Munich: Beck, para la teoría normativista.

<sup>231</sup> Vid. la opinión de ALFARO ÁGUILA-REAL en MENÉNDEZ, DÍEZ-PICAZO y ALFARO (2002:83).

administrativo)<sup>232</sup>, ni aunque se contemple, en un vago precepto por cierto, la aplicación de una sentencia judicial que declara la abusividad de una cláusula a la misma cláusula impuesta por el mismo contratante fuerte<sup>233</sup>. Las normas privadas supranacionales, naturalmente, en la medida en que se dictan, según defendemos en el presente trabajo, en ejercicio de una potestad normativa *de facto*, sí que tienen valor de norma jurídica, y no mera fuerza fáctica. Ahora bien, somos conscientes también de las similitudes entre ambas instituciones, sobre todo si se examinan las condiciones generales de la contratación desde la teoría normativa, que asimila estas cláusulas contractuales a normas incluso administrativas<sup>234</sup>. En definitiva, consideramos que la naturaleza concreta u casuística de las condiciones generales de la contratación las diferencia con claridad de la naturaleza general de las normas privadas supranacionales, en las que el consentimiento contractual ocuparía el papel de un reconocimiento de la eficacia de la norma al sujeto contratante. La remisión a las normas privadas supranacionales no es contractualizable, y puede asimilarse a la remisión al Derecho extranjero.

Hasta aquí hemos demostrado el carácter jurídico-público formal de las normas privadas supranacionales. Pero es que además de su carácter público derivado del ejercicio de la función legislativa, las normas privadas supranacionales tienen además cierta naturaleza jurídico-pública material, derivada de su objeto, interés y fines. La distinción Derecho público-Derecho privado es, como bien es sabido, la consecuencia en la metodología jurídica de la dialéctica Estado-Sociedad. Las normas del Derecho público tienen (o deben tener) un objeto relevante a efectos jurídico-públicos, y sirven a los intereses generales y a los fines de la sociedad o comunidad en su dimensión política, en la que actúa como un soberano, la *sociedad política*, en expresión de la Constitución de Cádiz que ahora veremos. Esta idea se ha expresado de diferentes formas, y no se refleja igual en el Estado Liberal y en el Estado Social. Absolutamente paradigmática expresión del concepto de intereses generales en el Estado Liberal es el célebre y voluntarista mandato de garantizar la felicidad de los ciudadanos del artículo 13 de la Constitución española de 1812, “*El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen.*”. El concepto no puede ser igual en el Estado Social, donde se valora más bien la

---

<sup>232</sup> Art. 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Sobre esto vid. MENÉNDEZ, DÍEZ-PICAZO y ALFARO (2002:56 y 93).

<sup>233</sup> Nos referimos al derogado artículo 20.4 de la citada Ley 7/1998, que como es obvio poco aportaba poco a los efectos de la propia jurisprudencia y sobre todo de la cosa juzgada. Para una certera crítica de este precepto, vid. MENÉNDEZ en MENÉNDEZ, DÍEZ-PICAZO y ALFARO (2002:58).

<sup>234</sup> Si bien esta doctrina es hoy ya minoritaria, y en el caso del Derecho español, siguió la vía de asimilar las condiciones generales de la contratación más bien a los usos del negocio, tesis también agotada. Sobre esto vid. MENÉNDEZ, DÍEZ-PICAZO y ALFARO (2002:80).

promoción, la intervención activa del Estado. Basta con recordar el artículo 9.2 de la vigente Constitución española de 1978.

Por el contrario, el Derecho privado tiene como objeto las relaciones de la vida en la Sociedad, protege los intereses privados y sirve a los fines de los particulares. será aquel que regula la Sociedad como tal, siendo su manifestación más general el civil. Por eso la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1921 define el Derecho civil como “*el llamado a juzgar todos los actos o hechos de la vida privada social*”<sup>235</sup>. Late en esta sentencia la contraposición Estado-Sociedad hegeliana en su más pura esencia, casi recordando al Código Civil austriaco de 1811 que mencionaba antes, casi como leyendo a VON HUMBOLDT: el Estado, el Derecho público, no debe inmiscuirse en las relaciones de la vida Social, que pertenecen al Derecho privado, ese ámbito protegido del Estado por el propio legislador liberal. La evolución del Estado moderno ha llevado a encontrar límites más difusos entre el Derecho público y el Derecho privado, que dejan su aislamiento mutuo, precisamente porque la era de la incomunicación entre Estado y Sociedad ha terminado: ambos se comunican y la hacen constantemente. Ahora bien, la distinción sigue existiendo, y es necesaria como garantía de la libertad del individuo y también *de los grupos en que se integra* frente al poder del Estado, como ya he explicado en varias ocasiones.

Pues bien, he aquí la naturaleza de las normas supranacionales. Éstas son, en términos político-jurídicos, una expresión de la interacción entre Estado y Sociedad, más bien diría, un impulso de la Sociedad por participar directamente en el ámbito regulatorio del Estado. En primer lugar, las normas supranacionales pueden entrar en objetos regulatorios privados, de interés meramente privado, sirviendo a fines privados. Y aún en este caso, el hecho de que la norma sea producto del ejercicio de una potestad pública, justifica su carácter híbrido. En segundo lugar, pueden entrar a regular ámbitos materialmente objeto del Derecho público (que ya regula el Derecho público interno, y de ahí el conflicto), invadir ámbitos de decisión que corresponden a los intereses generales y, sirviendo a los fines particulares de aquellos que aprueban la norma, servir al mismo tiempo a los intereses generales. Por ejemplo, cuando varias grandes multinacionales acuerdan códigos de calidad internacional en un determinado sector, entran en un ámbito objetivo de Derecho público (los Estados ya regulan algunos de esos mínimos de calidad), sirven a los intereses generales (la mejora de la calidad del producto) y lo hacen con fines privados (reforzar la imagen de marca, por ejemplo), pero también concurren, voluntariamente o no, fines públicos (el bienestar de los consumidores). En ese caso estamos ante normas supranacionales de contenido material Derecho público, generadas por la propia Sociedad -también ejercitando una función pública-. Esto implica

---

<sup>235</sup> ALBALADEJO (2013:31).



un cierto grado de privatización del Derecho público, es cierto, pero también significa la asunción de normas privadas previamente publicadas, de manera que la publicación, el carácter público de las normas supranacionales, es un hecho previo a la propia incorporación de esas normas Derecho interno. Por otra parte, ya hemos dicho que no hay que quedarse en el nivel, ya clásico, de la publicación-privatización, sino que hay que concebir estas normas como un producto híbrido. A partir de aquí surgen las preguntas. Cabe preguntarse, por ejemplo ¿esos agentes privados, para crear esas normas, en virtud de qué título ostentan y ejercitan estas potestades públicas? ¿Debe considerarse que tienen alguna clase de relación jurídica con la Administración del Estado en que se aplican las normas? ¿Deben respetar algún procedimiento en la elaboración de sus normas? ¿Deben respetar los derechos fundamentales, y si es así, con referencia a qué positivación de éstos? Responderemos a estas preguntas más adelante. Queda claro ya por qué este objeto de estudio en el Derecho administrativo: porque al margen de la calificación que luego les otorgue el Derecho interno en que se integren esas normas, verdaderamente, son *ex ante* de Derecho público.

## 5.2. Tópica y sistemática en las normas privadas supranacionales.

Ha llegado el momento de abordar la diferencia esencial entre el ordenamiento jurídico estatal y las normas supranacionales: su naturaleza sistemática y tópica, respectivamente. El ordenamiento es, por definición, sistemático. Sobre el significado del término sistema jurídico se ha hecho múltiples aproximaciones. LARENZ ha explicado que el concepto de sistema es una creación de la Ciencia del Derecho, que nace en la Alemania de comienzos del siglo XIX con el objetivo de aplicar al Derecho los métodos de las ciencias naturales, para alcanzar una suerte de *summum* de la racionalidad<sup>236</sup>. Sin embargo, como ha demostrado este autor, en realidad la sistemática trae causa del Derecho natural, pues en sus distintas concepciones (especialmente la cristiana, y muy particularmente la escolástica) deriva el Derecho de una serie de principios fundamentales (Justicia, *bona fides*, *ius gentium*) y éstos de una Verdad fundamental. El sistema sería el desarrollo de una unidad en una variedad que goza de una “conexión de sentido”. La metodología del idealismo alemán

---

<sup>236</sup> Vid. LARENZ (1995:17).

sigue este camino en sus líneas maestras, derivando todo el sistema de un sólo punto trascendental. La sistematización del Derecho romano se convirtió en la gran obra jurídica de la Pandectas<sup>237</sup>.

El Derecho administrativo es sin lugar a dudas una rama del Derecho sistemática. La doctrina alemana ha llevado este principio hasta tal punto que el moderno Derecho administrativo alemán ha construido un concepto de Derecho administrativo como ciencia. SCHMIDT-ASSMANN ha explicado como, en su desarrollo histórico (fundamentalmente en Alemania) el Derecho administrativo ha avanzado siempre que se ha tratado de elaborar sistemáticamente, a través de las grandes obras de la doctrina. Así sucedió con el Tratado de VON MAYER en 1862 y sobre todo con el gran maestro del Derecho administrativo decimonónico, OTTO MAYER. Pero fuera del espíritu científico alemán, otras grandes obras contribuyeron a esa sistematización doctrinal; la más importante de ellas, probablemente, la de HAURIOU. En España, aunque a un nivel más modesto, hay que reconocerle a COLMEIRO la superación del mero compendio y la elaboración de la primera gran obra sistemática de nuestro Derecho administrativo, y sobre esas bases trabajarían POSADA y GASCÓN Y MARÍN. En la sistemática se han querido ver las grandes garantías que deben regir la legalidad administrativa: la igualdad de la aplicación de las normas a todos los administrados, los valores subyacentes al Derecho administrativo y la adaptación a los rápidos cambios del mundo regulado, sobre todo en la parte especial, son los ejemplos más repetidos como éxitos de la sistemática<sup>238</sup>.

A pesar de la solidez de la sistemática, ha ido la propia doctrina alemana la que ha generado la línea de pensamiento inversa: la tópica. Este cambio se debe a la llamada Escuela de Maguncia, y particularmente a un autor, VIEHWEG, y su obra celeberrima, *Tópica y Jurisprudencia*. Recuperando el pensamiento clásico, el autor observa que antes del desarrollo científico del pensamiento sistemático (no tan antiguo, como sabemos) hubo una larga tradición de pensamiento problemático, que ponía el problema en el centro de la metodología de la dialéctica, adoptando soluciones adaptadas a los casos. Es ARISTÓTELES quien desarrolla este método en su obra *Tópicos*,

---

<sup>237</sup> LARENZ (2010:39). Como bibliografía general vid. las siguientes: SAVIGNY (1834), STAMMLER, R. (1930): *Tratado de Filosofía del Derecho*, Madrid: Reus; RADBRUCH, G. (1952): *Filosofía del Derecho*, Madrid: Revista del Derecho Privado; COING, H. (1961): *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona: Ariel; ESSER, J. (1961): *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona: Bosch; KLUG, U. (1961): *Lógica jurídica*, Caracas: Sucre; WOLF, E. (1962): *El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires: Perrot; BRUSIIN, O. (1966): *La objetividad de la jurisdicción*, Córdoba: Universidad Nacional; HENKEL, H (1968): *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos de Derecho*, Madrid: Taurus; ENGISCH, K. (1968): *La idea de la concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales*, Pamplona: UNAV; GADAMER, H.G. (1977): *Verdad y Método*, Salamanca: Sígueme; VIEHWEG (1978); WILHELM, W. (1980): *Metodología jurídica del siglo XIX*, Madrid: Edersa; ADOMEIT, K. (1984): *Introducción a la Teoría del Derecho. Lógica normativa. Teoría del Método. Politología jurídica*. Madrid: Civitas; TRUYOL (1987-2006); ALEXI, R (1989): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid: CEC; KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. (1992): *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid: Debate; CANARIS, C.W. (1998): *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid; KELSEN (1978, 2009).

<sup>238</sup> SCHMIDT-ASSMANN (2003:2-3 y ss.).

perteneciente a su *Órganon* de Lógica. El propio término, *tópico*, del griego *topos,-oi* (lugar) evoca los lugares comunes como directrices para resolver los problemas casuísticamente. Al problema lo denomina el estagirita *aporía*, y al razonamiento por el que se resuelve *lógos*; el razonamiento consiste en emplear el método dialéctico para la construcción de las cosas “plausibles”<sup>239</sup>.

El razonamiento aporístico va a convertirse en seña de identidad del pensamiento de la Antigüedad, y desde luego del Derecho romano. El fundador de la Escuela de Maguncia demostró que la tradición jurídica romana era tópica: esa es la metodología dialéctica empleada por CÍCERON, y desde luego también por toda la jurisprudencia romana. El método del caso se opone al método sistemático, y demostró durante siglos su eficacia mediante su capacidad de adaptación a las circunstancias históricas, lo que motivó que IHERING viera en el Derecho romano un fino sentido económico que se adaptaba a las circunstancias, frente a la dogmatización sistemática de la jurisprudencia de conceptos. Es innegable que la metodología tópica tiene sus propios éxitos, al menos en el campo jurídico.

En el caso del Derecho español, se ha estudiado muy recientemente que la Doctrina del Consejo de Estado sigue una aproximación innegablemente tópica, lo que demuestra la utilidad de esta teoría, a tenor del extraordinario nivel que siempre demuestran este órgano y sus profesionales, con pocos rivales entre nuestros operadores jurídicos<sup>240</sup>. En realidad, el interés del método reside en la metodología asumida por el órgano aplicador de la norma de hacerse preguntas sobre la norma para tomar una decisión sobre su aplicación. Esta dialéctica de preguntas es de origen Escolástico, y es elaborada sobre todo por RAIMUNDO LULIO, que constituye el célebre *circulus questiorum*<sup>241</sup>.

La contraposición entre la tradición aporística del Derecho romano y la sistemática moderna puede verse con el siguiente ejemplo sobre las normas supranacionales. Cuando los flujos de extranjeros comenzaron a llegar a Roma, el Derecho romano reaccionó resolviendo sus problemas jurídicos mediante la creación de un segundo Pretor, el *Praetor Peregrinus*, cuya competencia eran los litigios entre ciudadanos no romanos, quedando el *Praetor Urbanus* encargado de los litigios entre ciudadanos romanos, pues sólo a éstos les era aplicable el Derecho de la *civitas*. Esta es una solución nítidamente tópica: el Derecho romano se enfoca en resolver los problemas concretos uno por uno, ofreciendo a cada caso una respuesta diferente. En el Derecho actual, el fenómeno es el mismo, a saber, el surgimiento de normas privadas que, con una naturaleza aporística, resuelven los problemas de la

---

<sup>239</sup> ARISTÓTELES (2007): *Tratados de Lógica*, Madrid: Gredos, pág 76.. Vid. también ARISTÓTELES (2003): *Retórica*, Madrid: CEPC.

<sup>240</sup> GARCÍA-MANZANO (2016).

<sup>241</sup> VIEHWEG (1986:107).

vida contemporánea. Sin embargo, la respuesta sistemática que vamos a proponer será muy distinta a la romana. Las normas supranacionales no se someterán a ninguna clase de jurisdicción especial, al contrario, se someterán a la jurisdicción común, serán examinadas junto con las normas internas por el órgano judicial competente en cada caso, y será éste el que decida sobre su aplicación. El Juez, como responsable último de la aplicación del Derecho del sistema, será la pieza clave de la integración y control de las normas privadas supranacionales. Pues bien, este proceso de integración en el sistema es consecuencia de nuestra concepción sistemática del Ordenamiento jurídico.

La obra *Tópica y Jurisprudencia* es muy relevante para cualquier estudio de Derecho general, tanto público como privado (éste último examinado por el autor del libro). En cualquier caso, a efectos de mi trabajo la dicotomía es clara: el Derecho público tradicional es sistemático, y las normas supranacionales son tópicas, responden a una metodología de aporía aristotélica comparable a las que menciona VIEHWEG (Derecho romano, Derecho común, Escuela de los Comentaristas). Las normas supranacionales son, en definitiva, una aproximación tópica y aporística, es decir, abordan el problema, generadas por la voluntad individual o acuerdo de los agentes privados, y a los que finalmente van a ser aplicadas. Visto así, la función del trabajo al final va a ser incardinar estas soluciones tópicas (y por tanto desprovistas de coherencia) en un sistema territorial de Derecho público, en concreto, el español. No se nos escapa la aguda crítica del autor de *Tópica y Jurisprudencia* a la sistematización de la aporía: que esta sistematización de lo tópico significa insistir en aquello en lo que fracasó LEIBNITZ, sistematizar un Derecho medieval que, siguiendo la tradición jurisprudencial romana y marcado por el *mos italicus*, había seguido siempre una aproximación tópica.

Tendré que atreverme por tanto a seguir la estela de LEIBNITZ, aún a riesgo de repetir su fracaso. El problema se centra en integrar las normas supranacionales, de naturaleza tópica y con una especial sensibilidad para favorecer los intereses particulares de aquellos a quienes se les aplican, pero incoherentes entre sí, por lo que no pueden en absoluto constituir un sistema. Otro dato importante a retener: esa integración debe producirse dentro del Sistema jurídico de un Estado concreto. Pero por su naturaleza aporística, las normas supranacionales están destinadas a ser incoherentes con el sistema de cualquier Estado. Precisamente el procedimiento de legitimación de la norma, que estudiaré en la tercera parte de este trabajo, sirve a este objetivo: se purga la norma supranacional hasta que se comprueba si es aplicable o no dentro del ordenamiento: pero si vamos a considerarla aplicable, será sólo admitiendo su integración, y eso implica garantizar que la norma supranacional es coherente con el resto del sistema en que se integra.

### 5.3. La sistematización mediante la teoría de la recepción y su alegación en el proceso<sup>242</sup>.

Tenemos ya entre manos la norma jurídica aplicable, una norma privada supranacional en concreto. Y ha superado los controles de respeto al nivel mínimo de los derechos fundamentales y orden público. Debemos fundamentar, en primer lugar, la aplicabilidad de la norma privada supranacional. En parte esta es una cuestión que atañe a la legitimidad de las normas, que ya hemos abordado en la primera parte de este trabajo. Pero es necesario volver sobre nuestros pasos un momento para entender por qué una norma privada supranacional en concreto es aplicable no es sólo relevante de hecho, sino jurídicamente.

La justificación de la legitimidad *ad casum* de las normas privadas supranacionales la encontramos en la teoría del reconocimiento. La teoría del reconocimiento ha sido desautorizada por la potestad legislativa exclusiva del Estado, pero superado este monopolio y en un contexto de normas exclusivamente privadas, que obligan a sus destinatarios sólo por decisión o reconocimiento tácito de éstos, la teoría revive en este particular contexto. Expongámosla brevemente.

LEGAZ Y LACAMBRA expuso los orígenes históricos de la doctrina desde el punto de vista de su derrota en el Estado-Nación<sup>243</sup>. Estos orígenes hay que encontrarlos en el Decreto de GRACIANO, que consagró la doctrina *leges institui cum promulgantur; firmari, cum moribus suspiciuntur*. Este concepto de que las leyes formales necesitan ser “recibidas” por la costumbre fue ya negado por la primera ola de centralización en el siglo XVI, cuyos protagonistas académicos hay que encontrarlos desde luego en la Escuela de Salamanca, y especialmente en su gran filósofo, FRANCISCO SUÁREZ. Para SUÁREZ, reconocer que las leyes formales requieren la aceptación de sus destinatarios significa negar el poder del Príncipe al dictar las leyes. La aceptación, nos dice, no es una condición de la obligatoriedad de la ley (eficacia) sino al revés, es una consecuencia: la ley obliga a su observancia y por lo tanto a su aceptación. La aceptación de la ley no es una opción del destinatario, sino una consecuencia de la potestad legislativa perfecta del príncipe. Aquí está ya el Estado moderno. Pero la modernidad de SUÁREZ frente al resto de la doctrina europea no es una novedad<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> RÜTHERS habla a este respecto del significado de la aceptación, afirmando que la norma estatal no es eficaz y duradera sin la aceptación del pueblo. Pero lo hace, sin embargo, en el contexto de la norma estatal, y la aceptación con la que relaciona la eficacia es la de la mayoría (RÜTHERS *et al.*, (2013:206). SCHMIDT-ASSMANN, por su parte, habla de un asunto diferente, como es la recepción del Derecho supranacional, con referencia al europeo, por parte del Estado (SCHMIDT-ASSMANN, (2003:9). Ambos fenómenos, la recepción por los destinatarios de la norma, y por el Estado en el que va a aplicarse territorialmente, son indispensables. Pero es que además, no están entrelazados, como sucede en el Derecho interno. Así, una cosa será la aceptación o recepción de la norma por el sujeto individual obligado, y otra muy distinta, su incorporación al Derecho interno, o lo que es lo mismo, la aceptación o recepción de la norma por el Estado en el que pretende aplicarse. Ambos procesos deben darse, y por este orden, pero conviene distinguirlos.

<sup>243</sup> LEGAZ (1961:404).

<sup>244</sup> Vid. SUÁREZ (I, XI, 5 y III, XIX, 3, 6, 9).

Después el debate se repite en el siglo XX entre BIERLING y KELSEN. La teoría del reconocimiento del primero (de la que tomamos el nombre) no admite la validez de las normas no reconocidas por sus destinatarios. Pero frente a esto debemos volver al argumento de SUÁREZ: el reconocimiento es el efecto de la norma, no su causa, o al menos no se ha demostrado que lo sea. Por eso el jurista y teólogo jesuita afirmaba que no incumplían la ley quienes no seguían su mandato como consecuencia de que muchos otros habían dejado de seguirla (asumía así el desuso) pero sí los primeros que la ignoraban. Parece que la costumbre en SUÁREZ tendría eficacia derogatoria de la ley, pero que una mayoría de incumplidores pueda derogar la norma (siempre cumpliendo con los requisitos de la costumbre: *corpus*, *animus* y consolidación de ambos en el tiempo) no significa que la ley requiera de su aceptación para ser válida. La norma es válida como consecuencia de la plenitud de la potestad legislativa del Príncipe, que cuatro siglos después será en KELSEN la del Estado, ahora Estado de Derecho democráticamente legitimado<sup>245</sup>.

La crítica a la teoría del reconocimiento es, por lo tanto, muy sólida, y el esquema de validez kelseniana (que antes lo fue de SUÁREZ) sigue vigente en el Derecho del Estado. Pero en las normas privadas supranacionales sigue fallando. Hay que preguntarse si tiene sentido hacer equivaler al ciudadano corporativo a un príncipe del renacimiento, a un monarca católico de la contrarreforma, cuyas leyes están diseñadas para obligar a todos sus súbditos salvo causa absolutamente mayor, superando así los límites del fragmentado poder real medieval, que cedía fácilmente ante la costumbre y que tan bien se reflejaba en los textos del Derecho Común. Evidentemente, no. Al contrario, nos interesa negarle al ciudadano corporativo una potestad legislativa equivalente a la del Príncipe (es decir, a la del Estado) y nos interesa que su poder sea fragmentario y que ceda ante la costumbre y ante su falta de aceptación.

De aquí que la teoría del reconocimiento, inadecuada y hasta peligrosa para la potestad legislativa del Estado (y con ello, para la propia democracia) resulta salir en nuestra ayuda ante el fenómeno de las normas supranacionales. Aquí el peligro no estriba en que la voluntad de los destinatarios socave el poder legislativo del Estado democrático, al contrario: el peligro reside precisamente en que un príncipe apócrifo, el ciudadano corporativo, pueda imponer sus normas a sujetos que, a su vez, están obligados por una ley territorial, e incluso prevalecer sobre ésta. Para que esto pueda suceder, requerimos en primer lugar el reconocimiento de la norma por parte del destinatario. De esta manera, los sujetos obligados por una norma privada supranacional deberán reconocerse como destinatarios de ésta para que les pueda ser aplicada.

---

<sup>245</sup> Sobre esto vid. VON BIERLING, E. R. (1894): *Juristische Prinzipienlehre*, Friburgo y Leipzig: Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. Mohr, t. I, y KELSEN, H. (1911): *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck) (citados por LEGAZ:405).

Para que esto sea posible hay dos vías procesales. La primera, si es el destinatario de la norma el interesado en aplicarla, deberá alegar su existencia y suplicar su aplicación en el curso del procedimiento. Para probar la existencia de la norma, se seguirá -una vez más- el procedimiento ya existente en Derecho Internacional Privado para la prueba del Derecho extranjero (artículo 281.2 *in fine* LEC 2000). El hecho de que el destinatario solicite la aplicación de la norma debe eximirle de prueba de su sujeción a ésta, entendiéndose la solicitud como una declaración de reconocimiento de la obligatoriedad de la norma respecto de dicho sujeto.

La segunda posibilidad es que sea la contraparte la interesada en aplicar la norma cuyo destinatario es su oponente procesal. En ese caso el tercero deberá suplicar la aplicación de la norma en el procedimiento, aportando prueba de su existencia por el mismo procedimiento de prueba del Derecho extranjero (de nuevo artículo 281.1 *in fine* LEC 2000), pero aportando también prueba de su obligatoriedad para la otra parte. En otras palabras, el tercero debe probar que el supuesto destinatario de la norma lo es realmente. Conforme a la teoría del reconocimiento que hemos defendido, esto exige prueba de que el supuesto destinatario ha reconocido la norma como obligatoria para él mismo. Dicho reconocimiento, ya lo hemos dicho, puede ser tanto expreso como tácito, y podrá aportarse prueba de cualquier tipo.

En el caso singular de la pertenencia del destinatario pretendido al ciudadano corporativo que dictó la norma (por ejemplo, si éste es una organización de empresarios, entre los que se encuentra el destinatario presunto), creo que la solución debe ser más sutil. Si es el propio destinatario quien alega la aplicación de la norma, naturalmente, ya sabemos que se le dará por reconocido como obligado por ésta. Si es su contraparte, no puede decirse que por su mera pertenencia a una organización que dicta una norma la norma le sea aplicable. Estas organizaciones son muy distintas entre sí, y mientras que algunas pueden tener reglas internas rígidas de sometimiento de sus miembros a sus normas, otras apenas si están constituidas como sociedades formalmente, y el estatus de los miembros varía, o simplemente es ambiguo, y su sujeción a las normas del ciudadano corporativo cuestionable.

Incluso en el caso de que las normas internas del ciudadano corporativo establezcan que sus normas obligan a sus miembros, no dejan de ser normas de funcionamiento que no tienen que ser reconocidas por el órgano judicial nacional. Lo que este órgano debe identificar es la existencia de un reconocimiento por parte del destinatario de la norma de que ésta se le aplica, que puede hallarse en las normas internas de la organización que dictó las normas o no, según los casos.

Por lo tanto, si la contraparte alegare que el destinatario pretendido debe ser obligado por una determinada norma privada supranacional, y ésta a su vez emana de una organización internacional a la que el sujeto pertenece, la solución procesal adecuada es el desplazamiento de la carga de la prueba en contra del destinatario presunto. De esta forma, una vez demostrado que el sujeto es miembro de una u otra forma del ciudadano corporativo que dicta la norma, será su carga demostrar que la norma no le resulta aplicable.

#### 5.4. El llamado Derecho blando o “*soft law*”.

No podemos abandonar el análisis dogmático del Derecho del Estado sin abordar antes un problema principalísimo del Derecho moderno, que afecta de lleno a nuestro tema de estudio: el llamado Derecho blando o “*soft law*”. En realidad, la inmensa mayoría de las normas privadas supranacionales responden al esquema de Derecho no vinculante *a priori*, con nombres de lo más diverso, como directrices, recomendaciones u otros. Este fenómeno se da incluso en ordenamientos supranacionales que están, teóricamente, contruidos sobre el modelo de fuentes del Derecho de la dogmática estatal, como es el propio Derecho de la Unión europea. Ahora bien, el análisis que exponemos a continuación es aplicable a las normas supranacionales de Derecho blando, en general, aunque no necesariamente al Derecho europeo, que si bien recurre cuestionablemente a este instrumento, sí que tiene un sistema de fuentes lo suficientemente sólido como para responder por sí sólo a la pregunta de dónde situar el Derecho blando dentro del sistema. Pero en términos generales, nosotros consideramos que el Derecho blando es en realidad un Derecho válido que requiere ser recibido para ser eficaz, pero que una vez formulada la recepción, es perfectamente aplicable, y del que se puede derivar responsabilidad del legislador. Veamos.

Decimos que merece mención especial el polémico fenómeno del llamado *soft law*. Como veremos en la parte especial del presente trabajo, el *soft law* es el paraguas bajo el que pretenden guarecerse muchas normas privadas supranacionales, calificándose a sí mismas como recomendaciones, directrices o similares. Evidentemente, sabemos que en Derecho no hay que fiarse del *nomen iuris*, menos aún si lo pone el interesado. Entonces, cabe la duda de qué son estas supuestas normas del *soft law*.

No es este el lugar para hacer una causa general contra el fenómeno, por otra parte muy criticable. Con el supuesto amparo del Derecho anglosajón, se introducen en los ordenamientos jurídicos continentales una serie de enunciados prescriptivos de dudoso carácter normativo. Esto sucede tanto a nivel intrasistémico, dentro de ordenamientos jurídicos estatales, como a nivel suprasistémico, en el Derecho supranacional. Sí que hay que poner de relieve la crítica, a menudo sacada a la luz,



según la cual el *soft law* sería un subterfugio para evitar el control de las normas y las decisiones que se amparan en él<sup>246</sup>.

Lo que podemos decir de momento es esto. En lo que respecta al *soft law* en el ámbito supranacional (dejamos de lado aquí el problema de los posibles efectos del *soft law* a nivel intrasistémico) el problema es bien sencillo: la norma o es obligatoria o no es norma en absoluto. En el primer caso la aplicaremos por el mismo procedimiento que las demás normas privadas supranacionales vinculantes, en el segundo caso no la aplicaremos en absoluto. Expliquemos esto.

El error en el estudio del llamado *soft law*, que nos conduce habitualmente a los juristas a una posición inevitablemente ambigua, es partir de la potestad legislativa territorial del Estado. Evidentemente, los criterios de validez y eficacia que rigen aquí no pueden aplicarse al *soft law*. La norma de “Derecho blando” no puede identificarse con una norma que ha sido aprobada según el procedimiento y que es obligatoria sobre el territorio como consecuencia de su propia validez formal. De hecho, a menudo es al contrario: la norma de “Derecho blando” es tal porque no ha seguido el procedimiento, y se queda en recomendación precisamente porque por algún motivo (tal vez sombrero) su legislador ha querido dictarla evitando el procedimiento, aún a riesgo de dotarla de una eficacia menor.

Con la teoría de la recepción, este problema se resuelve. Si una norma privada supranacional, por ejemplo, la famosa norma ISO 19600:2014 sobre cumplimiento normativo -que declara en su artículo 2 carecer de contenido normativo- lo único que está haciendo es reconocer su ineficacia *a priori*, tanto territorial como personal. Le falta eficacia territorial porque ésta sólo está en manos del Estado; y le falta eficacia personal porque aunque sus destinatarios sí que son sujetos concretos, la eficacia personal exige, a mi entender, el reconocimiento del sujeto destinatario de la norma. Es

---

<sup>246</sup> Sobre esto vid. LA TORRE, M. (2016): “El Brexit y la miseria del constitucionalismo global”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 64, Madrid: Iustel. Si bien no compartimos en absoluto el tono crítico de este trabajo frente al nuevo Derecho de la sociedad global, no se puede dejar de desenmascarar las conductas que deliberadamente aspiran a sustraer a la normación internacional de todo control, aprovechando su carácter asistemático. Como bibliografía general, vid. ALKAN OLSSON, I. (2013): “Four Competing Approaches to International Soft Law”, *Scandinavian Studies in Law*, n.58, pp. 178-196; DI ROBILANT, A. (2013): “Genealogies of Soft Law”, *Scandinavian Studies in Law*, n.58, pp. 218-268; CHICHARRO LÁZARO, A. (2010): “El carácter de soft law de los instrumentos internacionales sobre desarrollo sostenible”, [no hay más datos. Hay que revisar su dialnet por si lo publica]; DEL TORO HUERTA, M.I. (2006): “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, pp. 513-549; MEYER, T. (2008): “Soft Law As Delegation”, *Fordham International Law Journal*, V.32, 3, pp. 888-942.; GRUCHALLA-WESIERSKI, T. (1984): “A Framework for Understanding “Soft Law””, *McGill Law Journal*, n. 30, pp. 38-88; RUBIO CASTRO, A. (2014): “Los efectos jurídicos del *soft law* en materia de igualdad efectiva. La experiencia española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 30, pp. 37-68; BYRNES, R. y LAWRENCE, P. (2015): “Can ‘Soft Law’ Solve ‘Hard Problems’? Justice, Legal Form and the Durban-Mandated Climate Negotiations”, *The University of Tasmania Law Review*, Vol 34, No 1, pp. 34-67; GARCÍA RUBIO, M.P. (2012): “Responsabilidad social empresarial y autorregulación: los códigos de conducta y las fuentes del Derecho”, *BMJ*, n. 2141; PIETRZYKOWSKI, T., GIZBERT-STUDNICKI, T. (2004): “Positivismo blando y la distinción entre Derecho y moral”, *Doxa*, n. 27, pp. 63-80; GUZMAN, A.T. y MEYER, T.L. (2010): “International Soft Law”, *J. Legal Analysis*, n. 2, pp. 171-225.

decir, que el reconocimiento de los sujetos destinatarios sólo puede salvarse a través de la eficacia territorial, que queda fuera del alcance de las normas supranacionales.

Por lo tanto, las “recomendaciones” no son en su ineficacia distintas del resto de normas privadas supranacionales. De hecho, son exactamente iguales al resto: se declaren vinculantes o no para los sujetos, requieren del reconocimiento de los sujetos a los que van a aplicarse. Otra cosa será que en una organización en concreto (en un ciudadano corporativo) la infracción de una norma declarada a sí misma vinculante se castigue y la infracción de una recomendación no. Desde luego, si la infracción de la norma se castiga, debemos asumir que es vinculante, aunque se declare a sí misma mera recomendación, y aunque la sanción sea meramente la expulsión de la organización.

Eso sí, como en este trabajo no mantenemos una concepción esencialista, sino instrumental de la sanción, creemos que es posible que haya normas privadas supranacionales obligatorias sin sanción (o sin sanción explicitada, o jurídicamente categorizada). Por lo tanto, el criterio para determinar si una “recomendación” es vinculante o no es el mismo que en el caso de las normas privadas supranacionales declaradas obligatorias: el reconocimiento. Si el destinatario reconoce la norma como aplicable a sí mismo, la norma es vinculante para él aunque se intitule recomendación, tanto si es el destinatario quien la alega como si la alega es su contrario, y éste logra probar la recepción de la norma.

Así pues, será necesario un análisis *ad casum* para saber qué normas de *soft law* son vinculantes en cada supuesto. Pero como principio general, *soft law* en el ámbito supranacional sólo significa, en nuestra opinión, una falta de eficacia general de la norma frente a sus destinatarios, que sin embargo sí que pueden asumirla como obligatoria. Esta es una característica común a todas las normas privadas supranacionales, por lo que el concepto de *soft law* no añade nada que no sepamos como categoría.

## 6. Conclusión Parte III.

Hemos expuesto ya la parte metodológica del estudio. Seremos breves en la elaboración de las conclusiones. Sabemos ahora que las normas privadas supranacionales son la manifestación normativa del Derecho global. Como tales, comparten su naturaleza supraestatal, tópica, híbrida y recepticia. Pues bien, la clave metodológica va a estar en elaborar una dogmática de estas normas, abstrayendo sus características comunes.

Para lograr este objetivo, hemos elaborado un concepto de ciudadano corporativo, que será el creador de las normas privadas supranacionales, el sujeto privado que ejercita la potestad normativa

espontáneamente, y que debe ser el centro de imputación de la responsabilidad derivada de la aplicación de las normas supranacionales.

Posteriormente, hemos elaborado una clasificación de tipos de normas supranacionales. En concreto, las normas privadas supranacionales deben distinguirse de las normas jurídico-públicas de eficacia supranacional, fundamentalmente, las normas transnacionales. La distinción respecto de las normas emanadas de las organizaciones internacionales es más sutil y parece que, allí donde una organización internacional ejercita un poder normativo dudosamente fundado en su tratado constitutivo, las normas resultantes tienden a converger en su naturaleza con las normas privadas supranacionales.

Del mismo modo, hemos resuelto el problema de la incardinación de las normas privadas supranacionales en el Derecho del Estado, mediante la teoría de la recepción. La norma supranacional deberá ser recibida primero por el sujeto al que le resulta aplicable, y sólo después alegada en el proceso judicial, y siempre mediante la debida prueba en el proceso de dicha recepción. Sólo una vez probada la recepción el Juez pasaría a analizar la conformidad de la norma con el sistema jurídico interno, y finalmente la resolución del conflicto normativo que pueda producirse con la norma interna.

Finalmente, hemos dedicado una crítica a las normas de Derecho blando o *soft law*, que es una de las formas que habitualmente adoptan las normas privadas supranacionales. En nuestra opinión, el Derecho blando no es más que una declaración de los efectos recepticios de la norma. De esta manera, si el Derecho blando es aplicado por algún sujeto particular, el ciudadano corporativo creador de la norma se verá sometido a responsabilidad, cosa que se evitaría asumiendo acríticamente la no vinculatoriedad de las normas privadas supranacionales.

#### IV. EL FENÓMENO DEL DERECHO PÚBLICO GLOBAL Y SU CONTROL.

1. El nuevo pluralismo frente al viejo monismo: el Derecho global en general y la superación del principio de territorialidad.

El Derecho público occidental ha vivido hasta el siglo XXI bajo el paradigma del Estado-Nación y la territorialidad, eso lo sabemos. Pero esto no debe llevarnos a engaño: ni la concepción estatalista del Derecho ha existido en todos los tiempos, ni pervivirá siempre. Al contrario, es un modelo perenne y en retroceso. La realidad jurídica de hoy se mueve hacia un Derecho positivo pluralista, con muy poca coherencia interna, si es que constituye un ordenamiento en absoluto. Pero entonces, ¿qué sucederá con los solidísimos fundamentos del Derecho estatal? ¿Devendrán inservibles conceptos como parlamentarismo, potestades públicas, Ley o el de Estado mismo? ¿Habrá que renunciar a los logros del Derecho de los siglos XIX y XX?

Naturalmente, la respuesta a estas preguntas es rotundamente negativa. El Derecho del Estado y sus teóricos han aportado una magistral unidad y coherencia al ordenamiento jurídico a la que el siglo XXI no puede renunciar. Ahora bien, los conceptos creados entonces son válidos para aquél contexto, no para el actual. Lo que hay que preguntarse no es tanto si en el Derecho de hoy caben los conceptos decimonónicos, sino cómo pueden incardinarse. Hace falta, en definitiva una nueva teoría jurídica. Ésta no va a sustituir al Derecho del Estado, al menos por el momento, en la medida en que el Estado es aún hoy la realidad jurídica predominante. Pero sí que servirán de fundamento para explicar un mundo jurídico que existe más allá del Derecho estatal. Este mundo, que es esencialmente supranacional, es lo que la doctrina ha llamado “Derecho global”.

El siguiente paso, entonces, resulta evidente. La pregunta es qué es el Derecho global. Sobre este concepto ha habido ya aproximaciones doctrinales diversas, aunque un concepto de consenso está aún por formarse. Las referencias a la internacionalización de las relaciones administrativas existen desde hace largo tiempo. En Alemania comenzó a tratar el concepto de Derecho administrativo Internacional VON STEIN<sup>247</sup>; en el Derecho Francés, NÉGULESCO ya había escrito unos principios de Derecho administrativo internacional en los años treinta del siglo XX<sup>248</sup>; en España, en la misma época, GASCÓN Y MARÍN se hacía eco de la doctrina francesa, admitiendo la

---

<sup>247</sup>VON STEIN (1882): “Einige Bemerkungen über das internationale Verwaltungsrecht”, *6 Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, p. 395.

<sup>248</sup> NÉGULESCO, P. (1935): “Principes du droit international administratif”, *RECUEIL DES COURS*, n. 51, p. 579. En el mismo sentido hablaba BOWNES SAYRS (1931): *Les transformations du Droit Administratif International*, París.

existencia de una dimensión internacional del Derecho público (y administrativo en particular) y por lo tanto de un efecto extraestatal de las normas jurídicas internas<sup>249</sup>. Sin embargo, el fundamental deslinde entre el concepto de lo supranacional y lo internacional es posterior. En el siglo XX el Estado era el centro absoluto del poder público, y todo lo que estaba por encima de su alcance material era necesariamente internacional, es decir, era la zona de las relaciones entre Estados, que era lo único que había más allá de éstos. Al contrario, en la actualidad debemos distinguir entre lo internacional (fenómeno que por supuesto sigue existiendo, y que estudia el Derecho Internacional Público) y lo supranacional, es decir, aquello que está más allá (no necesariamente más arriba) del propio Derecho del Estado. Esta es una denominación omnicomprendensiva para cualquier fenómeno jurídico no-estatal, que permite incluir las normas privadas supranacionales, esas disposiciones de naturaleza tan extraña, que hasta hace poco no hubieran sido admitidas como una categoría jurídica.

Por lo tanto, aclaremos ya el debate en torno al nombre, que más tarde veremos reproducido en lo que respecta al Derecho administrativo global. Derecho global es un concepto nítidamente norteamericano, de significado ambicioso (es decir, de todo el globo, y potencialmente superior a él, si tomamos el concepto de “lo global” en sentido figurado) y habitualmente con un matiz económico, porque es el trasunto jurídico de la globalización política y económica. Así, aún cuando proteja los derechos humanos, habrá un importante contenido económico en su regulación. Si quisiéramos oponer al sentido económico de este ordenamiento una perspectiva más amplia de intereses, probablemente lo calificaríamos como “Derecho mundial”, correlativamente con la pretendida oposición entre globalización como fenómeno económico y mundialización como fenómeno cultural. Por contra, si quisiéramos poner el énfasis en la defensa de los derechos humanos, lo llamaríamos “Derecho Humanitario”, como propone un autor que citamos más abajo. Los dos últimos términos no ha tenido el éxito en la doctrina del de Derecho global, y es lógico. Estos conceptos expresan el contenido del Derecho al que denominan. La centralidad de la economía en el Derecho global nos lleva a elegir este nombre sobre los demás, incluso intuitivamente, para evitar una denominación que pueda no corresponderse con la realidad. Lo “global” es hoy en día aquello que subvierte el orden nacional, regional o local, y se eleva a un nivel supranacional, específicamente en virtud de una valoración de tipo económico.

---

<sup>249</sup> GASCÓN Y MARÍN, J. (1935): *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, p. 87. Citado por MEILÁN GIL, J. L. (2013): *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Editorial Derecho global. Global Law Press, Sevilla y también por BALLBÉ, M. (2007): “El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *RAP* 174, de quién también extraemos la exégesis sobre este aspecto del tratado de GASCÓN: GONZÁLEZ CAMPOS, J. (1962): “El concepto de Derecho administrativo internacional en la obra del profesor Gascón y Marín”, Asociación Francisco de Vitoria, CSIC.

El Derecho global, como concepto formado, es indudablemente resultado de un contexto político, económico y jurídico de globalización. Por este motivo, hablar del Derecho global, en general, es hablar de la globalización del Derecho. SHAPIRO fue probablemente el primero en poner la cuestión sobre la mesa<sup>250</sup>. El profesor americano explicó que el fenómeno específicamente conocido como globalización del Derecho se refiere a una tendencia contemporánea a someterse a las mismas normas jurídicas, independientemente del lugar del mundo en el que el sujeto se encuentre. Sin embargo, la unidad del concepto acaba aquí: las reglas del Derecho global pueden ser impuestas tanto por un sólo sujeto que disponga de medios propios de coerción, pueden implantarse por un consenso global, o bien sencillamente pueden ser el producto de una evolución convergente de sistemas jurídicos muy diferentes. Lo que es seguro que el Derecho global no proviene de un consenso entre Estados, pues no es políticamente imaginable (ni a comienzos de los años noventa ni hoy) la elaboración por lo Estados-Nación de un Derecho global unificado, que entre otras cosas subvertiría su propio poder. Un Derecho global bajo el control de los Estados es difícilmente imaginable, y de existir no pondría en cuestión su poder; es más, sería un puro Derecho Internacional Público. En aquel momento, observó también el profesor norteamericano, el Derecho global era un fenómeno muy restringido, y en todo caso muy enfocado hacia un cierto tipo de sectores -sobre todo de naturaleza económica- y contextualizado en la gran juridificación de la vida privada producida desde el siglo XIX. De ahí el énfasis que el autor pone en la globalización del Derecho mercantil, sobre todo del americano, pero también de la creciente importancia de los abogados en la sociedad.

Vistas con veinticinco años de perspectiva, las tesis de SHAPIRO no han hecho sino confirmarse, aunque ya hay algunas realidades que podemos constatar, y algunos planteamientos que se pueden matizar. Desde luego, queda ya descartada la posibilidad de una suerte de “Constitución Global”, que en todo caso sería materia de Derecho Internacional Público, y que a día de hoy es más una utopía que una propuesta jurídicamente creíble. Por otra parte, la opción de que el Derecho global sea el producto de ordenamientos convergentes es, en nuestra opinión, la mejor hipótesis para

---

<sup>250</sup> SHAPIRO, M. (1993): “The Globalization of Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1, pp. 37-64. La separación del Derecho global del Derecho Internacional Público sólo encuentra aún algunas resistencias en ordenamientos y doctrinas muy estatistas, como la alemana. Como contexto de la Globalización, vid. SLAUGHTER, A. M. (2004): *A New World Order*, Princeton University Press. A este respecto, para un análisis del fenómeno del Derecho global desde la perspectiva sistemática del Derecho Internacional Público vid. MENZEL, J. (2011): *Internationales Öffentliches Recht: Verfassungs- und Verwaltungsgrenzrecht in Zeiten offener Staatlichkeit*, Mohr Siebeck; OSTERHAMMEL, J./PETERSSON, N.P. (2003): *Geschichte der Globalisierung Dimensionen, Prozesse, Epochen*, Beck, München; BAUMAN, Z. (2003): *La globalización: consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica de España [traducción al español del original de 1998, *Globalisation: The Human Consequences*, Columbia University Press, New York]; HELD, D./McGREW, A. (2003): *Globalización, Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Paidós, Buenos Aires [traducción de *Globalization, Anti-Globalization: Beyond the Great Divide*, Hardcover, 2002].

explicar el llamado constitucionalismo global<sup>251</sup>. El Derecho global constitucional consistiría en un conjunto de principios compartidos y universalmente aceptados por los Estados, que permitiera asegurar unos mínimos de seguridad constitucional dentro del territorio de cada Estado, a la par que promocionaría los valores fundamentales del Estado de Derecho allí donde, a día de hoy, no ha llegado. Y todos estos son logros que no requieren en absoluto de un texto escrito y jurídicamente rígido para ser implantados, sino que basta con su aceptación simultánea y progresiva por parte de los propios sujetos estatales.

Sin embargo, este esquema es inaplicable a otros sectores del Derecho global, singularmente al Derecho administrativo global. Por ejemplo, no podríamos fundar una normativa técnica en

---

<sup>251</sup> Sobre el constitucionalismo, el Derecho Internacional Público y el Derecho global en general, vid. VON BOGDANDY, A./DANN, P./GOLDMANN, M. (2008): “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, *German Law Journal* 9-11, pp. 1375-1400; STOLLEIS, M./PAULUS, A./GUTIERREZ, I. (2013): *El Derecho constitucional de la globalización*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid; MALARET GARCÍA, E. (2013): “Le malaise de la globalisation, la crise économique et les déséquilibres dans la structure des pouvoirs de décision”, *Revue Européenne de Droit Public* 25, 1/2013; FERRAJOLI, L. (1996): “Beyond Sovereignty and Citizenship: a Global Constitutionalism”, en BELLAMY, R. (Ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*; SLAUGHTER, A.M./BURKE-WHITE, W.W., (2002): “An International Constitutional Moment”, *Harvard International Law Journal* 43-1, MOMIROV, A./FOURIE, A. N. (2009): “Vertical comparative law methods: tools for conceptualizing the international rule of Law”, *Erasmus Law Review* 2-3. COCCIOLO, E. (2013), “Crisis Económica, Capitalismo Regulador y Cooperación Administrativa Internacional”, en PIÑAR MAÑAS, J. L. (Coord.), *Crisis económica y crisis del estado de bienestar. El papel del Derecho administrativo*, Editorial Reus, Madrid; AUBY, J.B. (2008): “Is legal globalization regulated? Memling and the business of baking camels”, *Utrecht Law Review*, 4-3; ZUMBANSEN, P. (2011): “Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance & Legal Pluralism”, Osgoode CLPE Research Paper, 21/2011; SIRELLO, G./SIRELLO, O. (2013): “Vers et pour la mondialisation du droit ? Enjeux, bilans et perspectives d’un droit globalisé”, *Rivista Telematica Nuova Didattica.*; MCKEE, D. (2010): “Review Essay. Emmanuel Melissaris’s Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism”, *German Law Journal* 11-5, pp. 573-584; KINGSBURY, B. (2003): “The International Legal Order”, IILJ Working Paper 2003/1; SOMEK, A. (2006): “Kelsen lives”, IILJ Working Paper 2006/4; VON BOGDANDY, A. (2003): „Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandaufnahme, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63; VON BOGDANDY, A./DANN, P./GOLDMANN, M. (2010); y LADEUR, K.H. (2011). KUO, M.S. (2009): “Between Fragmentation and Unity: The Uneasy Relationship between Global Administrative Law and Constitutionalism”, *San Diego International Law Journal* 10, pp. 439-467; DE BÚRCA, G. (2008): “Developing Democracy beyond the State”, *Columbia Journal of Transnational Law* 46; LÖSER, C. (2008): “Demokratische Legitimation der Tätigkeit internationaler Organisationen”, Seminararbeit zum Seminar “Deutschland und Europäische Union vor den Herausforderungen der Globalisierung”, bei Prof. Dr. Claus Dieter Classen, ([http://www.cloeser.org/pub/Demokratische Legitimation Internationaler Organisationen.pdf](http://www.cloeser.org/pub/Demokratische_Legitimation_Internationaler_Organisationen.pdf)); KIRCHHOF, P. “Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001; KIRCHHOF, P., “Das Parlament als Mitte der Demokratie”, en HUBER, P., BRENNER, M. y MÖSTL, M. (Dir.), *Der Staat des Grundgesetzes- Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004; BLACK, J. (2007): “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”, IILJ Working Paper 2007/12; STEWART, R. B. (2014): “Addressing problems of disregard in global regulatory governance: accountability, participation and responsiveness”, IILJ Working Paper 2014/2; SASSEN, S. (2003): “The participation of States and Citizens in Global Governance”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 10-5, VON BERNSTORFF, J. (2009): „Zivilgesellschaftliche Partizipation in Internationalen Organisationen: Form globaler Demokratie oder Baustein westlicher Exportherrschaft?“, en Brunkhorst, H. (Ed.), *Demokratie in der Weltgesellschaft*, Nomos, Baden-Baden; WALTER, C., “Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion”, *Deutsche Verwaltungsblatt* 2000, pp. 1 y ss.; HAAS, P. M., “Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination”, *International Organisation* 46, 1992; HELD, D. (1999): “The Transformation of the Political Community. Rethinking Democracy in the Context of Globalisation”, en SHAPIRO, I./HACKER-CORDÓN, C. (Eds.), *Democracy’s Edges*, p. 84; BLACK, J. (2007); TRUTE, H.H./GROSS, T./RÖHL, H.C./MÖLLERS, C., *Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Mohr Siebeck, Berlin; NEYER, J. (2002): “Politische Herrschaft in nicht hierarchischen Mehrebenensystemen”, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 1, pp. 9-38; y BÜTHE, T./MATTLI, W. (2011); BADURA, P. (1966): “Bewahrung und Veränderung demokratischer Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften”, *VVDStRL* 23, pp. 34-104.

materia de seguros como la de la Asociación Internacional de Mercados de Capitales (*International Capital Market Association*) en meros principios jurídicos. La dogmática de principios es indispensable en el Derecho administrativo global, como vamos a ver a lo largo del trabajo, pero siempre subyace a reglas concretas. Para implantar estas reglas hace falta un poder capaz de articularlas y de imponerlas. Ahora bien, la teoría del consenso global propuesta por el autor norteamericano parece difícil de materializar. La misma asociación mencionada adopta sus normas por consenso entre sus miembros (por cierto, por lo general del ámbito europeo), pero esto no significa que ese consenso pueda equipararse a un consenso universal. Además, como ya sabemos, en virtud de la teoría del reconocimiento que rige las normas privadas supranacionales, éstas sólo son eficaces directamente frente al sujeto obligado si éste las reconoce como aplicables a sí mismo. Por lo tanto, el consenso no es suficiente para fundar la existencia de las normas privadas supranacionales, y por ende del Derecho global. Hace falta un poder concreto que sea capaz de elaborar las normas, y ocasionalmente también que tenga un cierto poder de coerción, aunque no tenga potestades para imponer una norma como obligatoria si ésta no es reconocida por el sujeto obligado. Pero al menos, sí que puede ejercer presión fáctica en el mercado para imponer su norma. Pues bien, este sujeto con medios de coerción del que habla SHAPIRO, creemos, es el ciudadano corporativo.

Ahora bien, si un autor ha estudiado en profundidad el fenómeno del Derecho global, y específicamente el Derecho administrativo global, ha sido CASSESE. Entraremos en mayor profundidad en sus trabajos más adelante, pero ahora vamos a centrarnos su construcción de un concepto de Derecho global<sup>252</sup>. Para el profesor italiano, el Derecho global es tan fragmentario como el estatal, pero presenta tres defectos. Falta la cualidad de ordenamiento jurídico y un gobierno común; falta legitimación; y falta eficacia. Faltan, en definitiva, principios y reglas generales, sobre todo teniendo en cuenta el diversísimo número de entidades públicas y privadas que participan en este ordenamiento. Aquí, el autor italiano llega a las mismas conclusiones que nosotros: la legitimación del Derecho global no se puede alcanzar mediante una suerte de parlamentarismo cosmopolita que no existe en el mundo actual, y no puede tener eficacia sin la colaboración del Estado, que reafirma así su posición de pieza clave del Derecho, incluso del Global.

---

<sup>252</sup> Vid. sobre todo CASSESE, S. (2009): *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, sobre todo p. 11 (hay traducción española de GUTIÉRREZ ALONSO, J.J.: CASSESE, S. (2010): *El Derecho global. Justicia y democracia más allá del Estado*, Editorial Derecho global, Global Law Press, Sevilla. También CASSESE, S. (2005): “The globalization of Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 37 y el resto de obras sobre el Derecho administrativo global que citamos después. También vid. AUBY, J. B. (2013): *La Globalización, el Derecho y el Estado*, Editorial Derecho global, Global Law Press, Sevilla [*La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, 2003]; CASSESE, S. (2006): *La globalización jurídica*, Marcial Pons, Madrid [*Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2002].



Pero efectivamente, como certeramente nos recuerda CASSESE<sup>253</sup>, el aspecto más complicado del Derecho global es aquél en el que intervienen sujetos privados no pertenecientes ni representantes de ningún Estado (en los ejemplos que pone el autor, ICANN (Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números) y IOSCO (Organización Internacional de Comisiones de Valores), es efectivamente así, aunque también los es con otros: el Comité de Basilea, por ejemplo, o la Organización Internacional de Estandarización). Como solución, propone atenuar el déficit democrático con dos instrumentos jurídicos. El primero, mediante mecanismos de legitimación alternativos. Ciertamente, no está muy claro cuáles podrían ser estos. Se habla de comisiones con participación tanto de la Administración como de la sociedad civil, que colaborarían en la elaboración de estándares normativos, lo que se llama habitualmente democracia deliberativa (*democrazia dibattimentale*). Lo cierto es que estas instituciones ya existen en muchos ciudadanos corporativos, como veremos al estudiar la norma privada supranacional concreta que es objeto del presente estudio, Basilea III. Pero de nuevo, la naturaleza diversa y cambiante del ciudadano corporativo hace difícil exigir las mismas instituciones sistemáticamente en todos los reguladores privados. La circunstancia óptima sería que estas instituciones existieran siempre, pero en todo caso deben convivir con el control de la norma por parte del Estado.

Otra opción para legitimar democráticamente las normas privadas supranacionales sería establecer una serie de contrapoderes que sometieran a control a la propia norma. En realidad, esto es exactamente lo que estamos proponiendo en el presente trabajo, un gran sistema de contrapesos frente a la norma privada supranacional, que nos devuelve una vez más al concepto de Estado garante que ha propuesto entre nosotros ESTEVE. Pero hay que ser conscientes de los límites de este sistema. En primer lugar, la protección estatal se desarrollaría casi sin excepción por la vía judicial. Observemos, sin ir más lejos, el ejemplo propuesto por el propio CASSESE, que es el de la necesaria autorización judicial nacional para la ejecución de una orden comunitaria de registro de vivienda. Podemos adoptarlo como modelo que asumimos como ejemplo del funcionamiento de nuestra teoría, aplicada eso sí a disposiciones generales elaboradas por entidades privadas sin la legitimidad jurídico-pública de la Unión Europea, evidentemente. Sobre el Juez, que es en nuestra opinión, el protagonista de la vida jurídica del siglo XXI, recae toda la responsabilidad de la introducción del elemento “foráneo” en el sistema, en un caso la orden de registro de vivienda de una autoridad pública de otro Estado miembro; en nuestro supuesto, una norma privada supranacional. Pero, ¿significa esto que la protección será puramente casuística y sin ambición de construir una teoría general? No necesariamente. Creemos que el protagonismo del Juez debe ser correlativo a un avance en la propia concepción de la jurisprudencia: la decisiones judiciales deben

---

<sup>253</sup> CASSESE (2009:28).

servir para construir progresivamente un orden jurídico coherente, integrando los elementos disímiles, y no al revés, para descomponerlo en un número indecible de sentencias tópicas, como a veces parecía ser el riesgo que corría el concepto positivista del sistema jurídico. Por otra parte, y esto si es cierto, se controla la aplicación de cada norma en el caso concreto, no la norma abstractamente, ni mucho menos se controla al ciudadano corporativo. Esto no obsta a que, legislativamente, pudiera atribuirse a una Administración nacional (o a un conjunto de ellas) facultades de vigilancia e inspección sobre el ciudadano corporativo, por ejemplo. Esto generaría sus propios problemas de conflictividad entre las Administraciones entre sí y con los ciudadanos corporativos, pero es una posible vía a seguir en el futuro. En todo caso, queda claro que es indispensable la vía de los principios generales del Derecho como nivel mínimo de control jurídico del ejercicio supranacional del poder público, aunque su valoración sólo pueda hacerse ante un órgano judicial nacional.

## 2. El Derecho global en España.

Por último, para hacer una semblanza del Derecho global -necesariamente, una breve semblanza-, veamos qué es lo que ha planteado la doctrina española en la materia. Son pocos los autores que se han pronunciado sobre el tema de estudio, y la mayoría lo han hecho desde el paradigma del Derecho administrativo global, si bien existen excepciones importantes. La obra monográfica más relevante en el Derecho español ha venido precisamente de la mano de un historiador iusprivatista, DOMINGO OSLÉ, que se ha esforzado en formular un concepto de Derecho global bien fundado en principios de Derecho, con bastante acierto en nuestra opinión. Desplazando la cuestión de la nomenclatura como secundaria, admite la expresión Derecho global, aunque menciona otras posibles, entre las que incluye “Derecho común de la Humanidad”, “Derecho cosmopolita” o “Derecho mundial”. Estos términos, cuyo uso no es en vano, nos sitúan ante una perspectiva concreta del Derecho global: aquella que quiere ver en él una toma de poder del conjunto de los ciudadanos del mundo frente a terceros poderes de control, papel que ha sido desempeñado en los últimos siglos por el Estado. Sin embargo, ya advertimos más abajo de las cautelas que debemos tener con este planteamiento: no hay que idealizar este nuevo orden jurídico, sino al contrario, la

prioridad debe ser siempre someter a control los nuevos poderes que en él aparecen. Volveremos a esta obra más abajo, cuando nos centremos en un análisis de los principios del Derecho global<sup>254</sup>.

Otros autores han dado un punto de vista distinto en el análisis del Derecho global, con un tono más crítico y subrayando algunas de sus imperfecciones. Para ESTEVE PARDO, el Derecho global aparece en un mundo de incertidumbre, cuando el ordenamiento jurídico no es capaz de dar respuesta a los problemas del mundo moderno con las certezas tradicionales<sup>255</sup>. El Derecho público estaría derivando en una constante cesión a una voluntad tecnocrática vinculada a manos privadas, bien mediante cláusulas o principios técnicos (como el principio de precaución) o las excepciones sectoriales y los conceptos extrajurídicos, que acaban desvirtuando el contenido del ordenamiento jurídico, al dejar sin eficacia la regla general para la mayoría de los casos particulares<sup>256</sup>. Por otra parte, BALLBÉ ha puesto la globalización jurídica en relación con la americanización, fenómeno ya identificado en la globalización política y económica. Así, resulta que siguiendo la tradición jurídica norteamericana, protestante e individualista, llegaríamos a una base sólida para la configuración de un Derecho supranacional, sustituyendo así la estructura jerárquica impuesta por las Administraciones continentales, concepto tan ajeno al Derecho norteamericano como al Derecho global<sup>257</sup>. Otras críticas comunes son, por supuesto, la cuestionable legitimidad democrática de las normas privadas supranacionales, su influencia en la crisis de la Ley formal y la deconstrucción del Estado, afirmando la existencia de poderes públicos alternativos a éste, cuando precisamente el Estado se afirmó negando esos poderes<sup>258</sup>.

---

<sup>254</sup> OSLÉ (2007:142). Vid. también DOMINGO OSLÉ, R. (2009): “La pirámide del Derecho global”, *Persona y Derecho* 60 y DOMINGO OSLÉ (2012): “Gayo, Vattel y el nuevo paradigma jurídico global”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 96, pp. 99-123; y como contexto general en la doctrina española vid. GUICHOT, E. (2012): “Globalización jurídica y Derecho Público. Recientes aportaciones en la doctrina europea”, *RAP* 187, pp. 305-326; MEILÁN GIL, J.L. (2012): “Derecho global: Realidades y principios”, *Publicaciones del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas*, Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, La Coruña; MARTÍN ARRIBAS, J.J. (2005): “¿Hacia un Derecho Internacional Global en los albores del siglo XXI?”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, UNAM, México; MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. (2010): “Conferencia de bienvenida: El Derecho Internacional Público ante los interrogantes de una sociedad internacional en cambio permanente: ¿Hacia una cierta relativización de su carácter jurídico, internacional y público?”; ANDRÉS SAEZ DE SANTAMARÍA, P. (2010), “Las dinámicas del Derecho internacional en el siglo XXI: acordes y desacordes”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, AEPDIRI, Iustel, Universidad de la Rioja, Madrid, pp. 29-57 y pp. 81-103; DOMINGO OSLÉ, R. (2006): “¿Por qué un Derecho global?”, en DOMINGO, R./SANTIVÁÑEZ, M./CAICEDO, A. (Coord.), *Hacia un Derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Thomson-Aranzadi, Navarra, p. 24;

<sup>255</sup> ESTEVE PARDO, J. (2016): “Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias de Derecho público”, en DARNACULLETA GARDELLA, M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER, I. (2016): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons.

<sup>256</sup> ESTEVE PARDO (2016:39-40).

<sup>257</sup> BALLBÉ, M. (2007): “El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *RAP* 174.

<sup>258</sup> Sobre esto vid. MARCILLA CÓRDOBA, G. (2005): “Desregulación, Estados Social y proceso de globalización”, *Doxa*, n.28, pp. 239-263.

Por un lado, resulta que la incertidumbre es connatural al objeto del Derecho, que es la propia sociedad, por mucho que algunos factores científicos o tecnológicos lleven a su máxima expresión esta característica en los tiempos contemporáneos. La ciencia y la técnica son, junto con la economía, las dos grandes causas inmediatas del Derecho global, y sobre todo del Derecho administrativo global: las normas privadas supranacionales pueden resolver problemas de una dificultad técnica o científica que sólo están al alcance de expertos, pueden hacerlo con más pericia que un órgano legislativo y pueden hacerlo siendo económicamente más eficientes. Esto, sin embargo, no convierte a las normas privadas supranacionales en nada parecido a las sustitutas de la Ley parlamentaria, porque ninguna ventaja técnica puede desplazar a la necesaria legitimación democrática, de la que normalmente estas normas carecen.

En cuanto a la naturaleza hipotéticamente norteamericana del Derecho global, hay que tomar semejante afirmación con delicadeza. Es cierto que la mayor influencia económica y jurídica sobre el Derecho global proviene del norteamericano, como es cierto que su sistema jurídico ha sido el primero en abrirse al fenómeno, por oposición a la lentitud, cuando no resistencia de los ordenamientos de Europa continental. Pero por otra parte, el análisis de la historia jurídica norteamericana de reminiscencias weberianas, que sitúa al pueblo protestante como individualista y emprendedor frente al católico heredero de una fuerte estructura administrativa, tanto eclesiástica como más adelante regia, siendo sugerente, debe ser tomado con mucha cautela. En realidad, tampoco es casualidad que los autores del mayor paradigma de poder del Estado moderno sean protestantes alemanes (tanto los de la Escuela del Derecho Natural como sus sucesores, incluyendo aquí el singularísimo caso de HEGEL). El debate histórico sobre el origen de una Administración rígida y jerarquizada nos supera, pero es evidente que el reconocimiento de la existencia del Derecho global no nos convierte necesariamente en individualistas del siglo XIX, ni necesariamente son sus planteamientos los reflejados a nivel supranacional. Sí que está representada en el Derecho global la tradición liberal emprendedora, eso es indudable, y la relación de ésta con el protestantismo es polémica (la polémica weberiana, nada menos) pero no ata ni mucho menos al Derecho global a una determinada idiosincrasia social. De hecho, al contrario, se puede decir que la causa remota del Derecho global es precisamente la contraria, una estructura social atomizada que necesita ser vertebrada y organizada, y que se organiza privadamente, pero ejercitando poderes que son materialmente potestades públicas propias de comunidades muy organizadas administrativamente. Es la sociedad de corporaciones la que adopta las fórmulas del poder público, más que inventar fórmulas nuevas para ejercitar su propio poder.

Por último y en cuanto a las críticas habituales frente a las normas privadas supranacionales, éstas son ya un clásico en la doctrina del Derecho global. A lo largo del presente trabajo pretendemos dar respuesta a algunas de ellas, especialmente a la legitimación democrática, mediante la teoría de la recepción y el control por parte del órgano judicial estatal. Pero nos interesa fijarnos en una crítica concreta, la deconstrucción del Estado. Esta es una teoría muy reveladora. Efectivamente, si consideramos que el Estado moderno se ha impuesto históricamente negando el poder a cualquier otra entidad alternativa, cabe preguntarse por qué ahora se permite su descentralización hacia ámbitos no estatales. La respuesta es, sencillamente, que la complejidad del mundo actual hace inevitable esa vuelta a la descentralización. En este sentido, volvemos al paradigma de la incertidumbre de ESTEVE. El mundo actual, para un sólo legislador, es sencillamente inmanejable. De ahí que la descentralización del poder sea una realidad inevitable, y el reconocimiento de las normas privadas supranacionales como vinculantes una necesidad para la protección de los derechos y libertades del individuo.

Otro aspecto a tratar, al hilo de lo anterior, es la relación de Derecho global con la crisis económica de 2008 y los años posteriores. Siendo la crisis económica un fenómeno global, la respuesta aportada por las autoridades públicas debió ser igualmente global. En cuanto al juicio que merece esa actuación, es sólo parcialmente positivo. Las actuaciones a nivel global existieron, sin duda, y entre ellas destaca Basilea III, norma que estudiamos al final del presente trabajo. Lo que es evidente es que el Derecho global se consolida como un orden jurídico definitivo una vez superados los peores momentos de la crisis económica: lo crítico de la situación sugería precisamente que las soluciones fuesen globales, y jurídicamente esto sólo es posible de una manera: mediante el Derecho global. El mundo posterior a la crisis económica es incluso más interdependiente de lo que ya era, lo que deja un amplio camino expedito para el triunfo del Derecho global como respuesta unificada a problemas como la estabilidad del sistema financiero, por ejemplo<sup>259</sup>.

Como ejemplo de la consolidación del Derecho global durante y después de la crisis económica de 2008, cobraron un enorme protagonismo ciudadanos corporativos ya existentes capaces tanto de emitir regulaciones como juicios de enorme importancia para la estabilidad económica mundial, incluyendo a los propios Estados. Y sin embargo, estos actores, auténticos ciudadanos corporativos, habían sido ignorados durante décadas por el Derecho estatal. Estamos hablando, sobre todo, de las ya celeberrimas Agencias de Calificación Crediticia, ahora ya plenamente incorporadas a nuestro vocabulario político-económico. Sin embargo, el fenómeno no es único: ante la poder que han alcanzado semejantes agentes privados, la reacción del Estado no puede ser ni prohibirlos (es

---

<sup>259</sup> Sobre esto, vid. CLAESSENS, S. y KODRES, L. (2014): “The Regulatory Responses to the Global Financial Crisis: Some Uncomfortable Questions”, *International Monetary Fund Working Paper*, n. 14/46.

imposible, porque quedan fuera del alcance del Derecho estatal), ni tampoco dejar sus actos y disposiciones sin efectos, y es también dudosísimo que tenga efecto alguno constituir agentes alternativos en manos de las Administraciones Públicas. Desde el punto de vista del Derecho global, lo que corresponde es admitir su existencia, y someterlos a regulación y control, incluyendo el control de mínimos para la aplicación de sus estándares a nivel estatal. Es cierto también que en el ejemplo concreto de las Agencias de Calificación nos encontramos ante un reto difícil, porque es inevitable que se les dé cierto reconocimiento internacional por parte de los inversores -que por otro lado no tienen un referente más sólido para calificar los créditos que adquieren-. La adaptación del Derecho del Estado al fenómeno de lo global, en definitiva, es un camino por hacer, al que el presente trabajo pretende contribuir.

### 3. ¿El concepto de Justicia como monismo?.

Hemos dicho que la realidad jurídica actual es un pluralismo. Efectivamente, es un pluralismo de normas. Desde el punto de vista del Derecho positivo, no hay unidad posible entre todas las normas existentes en el actual Derecho global. Pero debemos preguntarnos si no subyace a esta realidad plural una unidad de valores que la sostenga. Al fin y al cabo, no es la primera vez en la historia del Derecho, ni siquiera en la occidental, que el Derecho se compone de un conjunto plural de normas. Curiosamente -o no- el Derecho natural resurge en tiempos de pluralismo jurídico. Ha sido el monismo estatalista el que ha servido para justificar toda clase de relativismos en la concepción de la Justicia, sobre el fundamento de que la soberanía estatal es un poder legitimado por naturaleza para decidir cómo va a configurar y qué contenido va a darle a su propio concepto de Justicia. Sin embargo, parece que en contextos jurídicos pluralistas resulta necesario encontrar un fundamento común a una realidad fragmentaria. De ahí que estos sean momentos de recuperación de un monismo en el concepto de justicia. En este trabajo creemos que este puede ser el caso de nuestro contexto histórico.

Nuestro monismo del concepto de justicia será diferente del concepto tradicional de Derecho natural, porque el puro contexto lo impone: no se puede argumentar hoy el fundamento jurídico de un pluralismo igual que en el siglo XVI, por ejemplo. El camino del Derecho actual debe ser el de los principios jurídicos. La dogmática de los principios fue retomada en la segunda mitad del siglo XX como respuesta a los desmanes producidos por el excesivo poder centralizado del Estado, y nace por lo tanto en el mismo seno del Derecho estatal, precisamente con el objetivo de someterlo a pleno control. En el Derecho español sus grandes re-introductores son estrictamente civilistas: DE CASTRO y CASTÁN, desde luego, lo más extraordinarios, y en el Derecho administrativo, sin duda, GARCÍA DE ENTERRÍA puso los mayores esfuerzos en la causa del control del poder del

Estado por los principios generales del Derecho. Pues bien, el enfoque de los principios generales, centrado en el siglo XX en el control del poder estatal, hay que volverlo hacia el control del poder legislativo supranacional, fragmentado por naturaleza.

La dogmática de principios que heredamos del siglo XX, sin embargo, está inevitablemente fundada en el Derecho del Estado, y en las últimas décadas en su norma fundamental, la Constitución. En el Derecho global, los principios jurídicos fundamentales del Estado sirven aún a una función: las garantías mínimas del ciudadano. El Estado se sitúa en la posición de Estado garante<sup>260</sup>, de manera se convierte en el protector del ciudadano en la aplicación de las normas privadas supranacionales. Esto ya lo desarrollaremos más adelante. La cuestión es que, si bien la dogmática del principios generales del Derecho del Estado sigue vigente, ahora no sólo como método de control de la actividad *del Estado*, es decir, *ad intra*, sino también como método control *por el Estado* de la actividad externa a sí mismo, es decir, *ad extra*, al mismo tiempo necesitamos otra dogmática de principios paralela, una aplicable directamente al Derecho global. Es decir, que en el control del Derecho global vamos a tener un doble filtro de principios: en primer lugar, la teoría de los principios del Derecho global que podemos construir a nivel supranacional, y la teoría de los principios generales del Derecho del Estado, ya sobradamente consolidada.

Y aún así, a pesar de que la dogmática de principios que necesitamos es una dogmática nueva, al construirla no podemos evitar volver al origen de las teorías que hablan de un Derecho de valores universales. Partir de tal fundamento nos obliga a volver de nuevo a la Escuela de Salamanca, a FRANCISCO DE VITORIA, a FRANCISCO SUÁREZ y a DOMINGO DE SOTO. Nos hace falta poco menos que una teoría de los justos títulos específicamente aplicable al Derecho global para saber qué es lo que debemos permitirle y lo que no. ¿Es legítimo que un ciudadano corporativo legisle sobre materias de alta complejidad técnica, pero que a las que al mismo tiempo subyace una voluntad político-jurídica que se abduce del legislador democrático? ¿Puede admitir el Estado esas normas de origen asilvestrado? ¿Qué hacemos, por ejemplo, con ese *totum revolutum* de normas

---

<sup>260</sup> Este concepto lo ha formado ESTEVE PARDO, especialmente en ESTEVE PARDO, J. (2015): *Estado garante. Idea y realidad.*, Madrid: INAP y también en en ESTEVE PARDO, J. (2015): “La Administración garante. Una aproximación” en *Revista de administración pública*, n° 197, pp. 11-39, ESTEVE PARDO, J. (2012): “La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria”, *RAP* 189, y ESTEVE PARDO, J. (2010): “La recepción en la Europa continental del Derecho de la Regulación de la Economía”, *RAP*, n. 183, pp. 295-307. Sin necesidad de compartir todos sus planteamientos, sí que podemos decir que el concepto de Estado garante va a ser fundamental para integrar las normas privadas supranacionales en el ordenamiento jurídico, porque va a situar al Estado en la posición de órgano control de mínimos en la norma privada supranacional en favor del ciudadano, frente a la falta de mecanismos de control en la elaboración de ésta.

globales que incluyen los convenios colectivos internacionales, las convenciones de Basilea o las *blockchains*<sup>261</sup>?

En el fondo, lo que estamos preguntando es qué puede y qué no puede hacer un ciudadano corporativo, pero dado que no le podemos aplicar directamente ninguna norma en concreto, tenemos que extrapolar otras teorías sobre el *ius gentium* ya existentes. El Derecho global debe ser un Derecho de valores universales. Ante todo, esto permitirá homogeneizar el concepto en su aplicación internacional. Debemos aspirar a construir un Derecho global, no muchos. Pero antes de construirlo, debemos responder a una pregunta previa: la aplicación práctica de esos principios. Por ejemplo, si un sujeto obligado, sociedad mercantil del sector agroalimentario, reconoce como aplicable a sí mismo la norma ISO 22000 -una importante norma en esta materia-, la teoría general del Derecho administrativo global puede exigir ciertos principios para ser cumplidos, pero no hay forma de imponerlos. El único sistema eficaz de control es el del órgano judicial ordinario del Estado. De esta manera, la jurisdicción se convierte a un tiempo en defensora del orden estatal y del supranacional. Otra opción es el control por parte de los órganos internos del ciudadano corporativo, algunos de los cuales tienen naturaleza cuasi judicial, como el órgano de apelaciones de la Organización Mundial del Comercio, por ejemplo. Sin embargo, pese a la justa celebridad de este órgano, es difícilmente equiparable en términos de garantías a los órganos judiciales nacionales. Por otra parte, no en todos los ciudadanos corporativos existe semejante órgano. Por ejemplo, no existe desde luego en el Comité de Basilea, como veremos después, pero eso tampoco quita para que en el Comité se respeten determinadas garantías. Por estos motivos, creemos preferible residenciar el examen de adecuación a los principios generales del Derecho global ante éstos últimos. Eso no obsta, por otra parte, para que en un epígrafe posterior propongamos un procedimiento común para estos órganos cuasi judiciales, que facilite en el futuro su una mayor legitimidad de sus resoluciones.

---

<sup>261</sup> Las llamadas *blockchains* sin duda merecerían un estudio aparte, que es imposible realizar aquí. En resumen, se trata de bases de datos que permiten compartir información y realizar operaciones muy rápidamente, especialmente en contratos electrónicos, y máxime cuando se recurre a una unidad monetaria “electrónica” (*bitcoin*). Cabe preguntarse cómo puede ser una mera base de datos equiparable a una norma privada supranacional. Pues bien, sin entrar de lleno en la problemática, es necesario explicar que tras este sistema está Blockchain Luxembourg S.A. (una compañía incorporada en Luxemburgo, es decir, el ciudadano corporativo) que es la que controla las propias bases de datos, que a su vez se rigen por una serie de reglas, las cuales varían según que la *blockchain* sea pública o privada, pero que en todo caso son reconducibles al esquema de la norma privada supranacional, de manera que cualquier sujeto que intervenga en una *blockchain* asume dichas reglas. Esta asunción, como tantas en el Derecho global, no puede reducirse a un mero vínculo contractual, sino que debido al alcance general que tienen estas reglas, incluyendo sus potenciales efectos sobre el Derecho estatal (sin ir más lejos, los efectos sobre la transacción, y las alteraciones que la *blockchain* produce en el Derecho aplicable) debe dársele el tratamiento y control de norma privada supranacional. Consideramos que este tipo de fenómeno, de hecho, constituye el futuro del Derecho global, aún más que Convenciones consolidadas como la de Basilea.



La tradición española de la que hablábamos antes, recuperada reiteradamente, da frutos entre los juristas españoles, y desde luego también entre los extranjeros. No sólo vemos a la Escuela de Salamanca (expresamente revelada) en el concepto de Derecho Internacional Público de VERDROSS. La encontramos también, por supuesto, en FEDERICO DE CASTRO. Y en lo que respecta a la dogmática española sobre el Derecho global, hemos visto nítidamente reflejadas las tesis salmantinas en los estudios de DOMINGO OSLÉ. Por un lado, el autor ha propuesto un concepto de Derecho global en el que el hombre es el protagonista, el centro del nuevo orden jurídico, que debe organizarse desde el respeto a sus derechos. El camino humanístico del Derecho, que la doctrina española vio antes que ninguna otra en el siglo XVI, y que no se volvió a teorizar hasta las Revoluciones Liberales, siendo sólo puesta verdaderamente en práctica bien entrado el siglo XX, nos parece sin duda el correcto para el Derecho global, y en este sentido nos adherimos al este planteamiento. La necesaria razón de la Ley, que ya articulara SUÁREZ<sup>262</sup>, debe ahora enfocarse en el servicio al ciudadano y en el respeto a los derechos del hombre.

Conviene, en todo caso, hacer algunas matizaciones. El muy solido planteamiento del autor nos parece muy defendible: el Derecho nace del hombre (*ex homo oritur ius*), como siempre supieron el Derecho romano, primero, y su exégeta el *ius commune*, después, y como erróneamente olvidó luego el positivismo analítico<sup>263</sup>. Partiendo de aquí, el autor construye un planteamiento según el cual el hombre sería la “unidad jurídica”, y el fenómeno binario de dos hombres fundaría el Derecho privado. El siguiente paso, la reunión de tres hombres con una relación jerárquica, constituiría el Derecho público. Esta dogmática “primitivista” por así decirlo, explicaría que el Derecho público es sucedáneo del Derecho privado, que va “antes” en el tiempo, y a la vez podría explicarse para entender el desarrollo del Derecho global<sup>264</sup>.

Semejante planteamiento resulta interesante, pero cuestionable. Nos conduce a una discusión sobre qué Derecho nace primero, el privado o el público, y da una respuesta sugerente pero no necesariamente correcta. Es un debate que sería interesante abrir. Que el Derecho privado preceda al público en nuestra cultura jurídica no significa que siempre sea así. ¿Seguro que en Roma el *ius civile* precede al *ius civitatis*? No parece tan claro que haya pruebas históricas de semejante hecho. La excesiva importancia otorgada a un mito como el de la fundación de Roma, o una interpretación liberal del pacto social, habitual en el siglo XIX, pueden llevarnos a conclusiones arquetípicas y poco fundadas. Con la misma fuerza con que se argumenta que la metafísica o la antropología son

---

<sup>262</sup> Vid. SUÁREZ, F. S.J. (1872): *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore in decem libros distributus*, Fibreniani: Nápoles, p. 36.

<sup>263</sup> DOMINGO OSLÉ (2007:158-9).

<sup>264</sup> DOMINGO OSLÉ (2007:215).

anteriores al Derecho, porque para desarrollarlas sólo es necesario un hombre, se puede negar que las relaciones entre dos hombres sean anteriores al poder público que implica al menos a tres.

Sin ir más lejos, la naturaleza social del hombre proclamada por ARISTÓTELES sugiere exactamente esto, que todo Derecho público es anterior al privado. Y tampoco podemos olvidar que todo Derecho privado existe gracias al amparo del público, y en el marco que éste regula, y gracias a la Ley que lo contempla, que es un instrumento jurídico-público. Lo que es más, ni aunque el esquema histórico o connatural al hombre para desarrollar el Derecho fuese el propuesto tendría que reproducirse el fenómeno en el Derecho global, o al menos no necesariamente, porque éste surge de un contexto estatalista con un poder público fuerte, y en el que la distribución del poder entre público y privado ya está formada. El Derecho global no surge en un contexto de tabula rasa, ni mucho menos es una suerte de nuevo “contrato social”. El contrato social, al fin y al cabo, siempre ha sido un evento hipotético, un modelo para explicar el fenómeno de la sociedad reglada, un caso filosófico y jurídico de laboratorio.

En nuestra opinión, subyace a la propuesta del autor un dogma de la concepción clásica iusprivatista, una visión liberal, claramente deudora del concepto de contrato social. De hecho, el debate no es más que una ramificación de aquélla concepción de la sociedad como producto de un contrato entre partes privadas. Sostener que las relaciones entre dos personas se constituyen antes que las relaciones de la comunidad, y que éstas últimas se construyen sobre las estructuras creadas por las primeras, es una reminiscencia evidente de LOCKE o MONTESQUIEU pero eso no las convierte en conclusiones definitivas. ¿Seguro que la comunidad y sus normas no son anteriores a las de las relaciones *inter privatos*? Porque por supuesto, el Derecho público no es necesariamente el Derecho del Estado, o sólo lo es desde que existe el Estado, y a medida que éste se desvanece está dejando de serlo. Pero la nueva naturaleza del Derecho Público no estatal no es ni mucho menos la de un Derecho privado regulatorio. El ejercicio de la potestad normativa es genuinamente de Derecho público, y lo es también la regulación de contenidos de interés público, y por lo tanto la distinción entre sociedad y poder público debe seguir existiendo, aunque ahora el poder público sea ejercitado a veces por un sujeto privado, que sólo puntualmente se erige como poder público propiamente dicho: el ciudadano corporativo.

Por último, sobre el argumento de la centralidad del hombre en el Derecho global, siendo en nuestra opinión el planteamiento correcto, pende una seria amenaza. Como decíamos más arriba, OSLÉ tiene el singular acierto de concebir el Derecho global como un Derecho de la Humanidad, aunque conserve el nombre de origen norteamericano. No podríamos estar más de acuerdo con este planteamiento, que a la vez es objetivo. Pero la realidad, a día de hoy, es que la naturaleza

predominantemente económica de este orden (o desorden) jurídico va camino de convertirse más en un Derecho de las corporaciones internacionales que en un Derecho de la Humanidad. Por ese motivo, en el presente trabajo no nos hemos planteado elaborar una teoría de las normas supranacionales de Derecho público como normas “humanas” o dimanantes del conjunto de la Humanidad, sino que hemos construido más bien una teoría del control del poder de las corporaciones, siempre desde el punto de partida de la defensa de la Humanidad. Es de temer que la dignidad humana que se intenta lograr poniendo al hombre en primer lugar cederá ante la fuerza de las relaciones con y entre las corporaciones, que harán languidecer tanto al individuo como los intereses de la Comunidad. Es decir, que la figura de la pirámide, atractiva desde el punto de vista de una concepción liberal del Estado, puede retorcerse en el complejo entorno global. El ciudadano corporativo no tiene, ni tendrá, la solidez del Estado. Tampoco habrá una sociedad de ciudadanos corporativos, ni por lo tanto tampoco un Derecho intercorporativo, al igual que hay una Sociedad de Estados y un Derecho de esa sociedad (el Internacional Público). El ciudadano corporativo es un sujeto privado, y la sociedad en la que se inserta es la sociedad global, concepto aún en desarrollo, pero que desde luego incluye igual a personas físicas que a personas jurídicas y entes no formalmente constituidos. En esta amalgama, las muchas relaciones horizontales (entre persona física y corporación, o entre corporación poco poderosa y corporación poderosa) serán relaciones de poder, en las que una de las partes ostenta una posición de poder público de hecho. En semejante contexto no puede evadirse el debate sobre el control del poder público, ni reducirse la relación entre ciudadano y ciudadano corporativo al Derecho privado. Es necesario reconocer la naturaleza jurídica pública de la relación, aunque la estructura piramidal no exista o incluso aunque sólo participen dos sujetos.

Por otra parte, el autor elabora una propuesta en firme sobre los principios que han de regir el Derecho global. Incluye entre ellos los siguientes: justicia, racionalidad y coerción (como principios comunes con el Derecho Internacional Público) y universalidad, solidaridad, subsidiariedad y horizontalidad (como principios exclusivos del Derecho global)<sup>265</sup>. No es este lugar para detenerse a examinar los principios del Derecho global en general uno a uno: en general, creemos que el autor acierta en sus apreciaciones, y consideramos que estos principios deben ser guía para el concepto de Derecho administrativo global, pero sin enclaustrarse en un esquema rígido. Es decir, que al estudiar el Derecho administrativo global resulta conveniente tener estos principios en mente como método para realizar un análisis jurídico, pero sin que necesariamente todos ellos deban comparecer siempre, y en todo caso teniendo en cuenta que el Derecho administrativo exige sus propios principios específicos. Dicho de otro modo, las normas privadas supranacionales son más un tipo

---

<sup>265</sup> DOMINGO OSLÉ (2007:183 y ss.).

que un concepto: se integran por elementos comunes, pero no existe un ideal abstracto de la norma privada supranacional que contenga los elementos esenciales, sino que de los elementos comunes (por ejemplo, los principios) se pueden encontrar algunos en una norma privada supranacional, y otros en otra. Por ejemplo, en una norma como Basilea III pueden encontrarse principios como la racionalidad o la universalidad (siempre desde un punto de vista económico), mientras que solidaridad o subsidiariedad aparecerán difícilmente. En el caso de los principios ausentes en una norma privada supranacional, debemos entender que la norma debe ser aplicada dentro del territorio del Estado sin violar esos principios, lo cual no significa en absoluto que la norma privada supranacional esté intrínsecamente viciada por el hecho de que alguno de los principios típicos del Derecho global no aparezca. Simplemente, deberán ser tenidos en cuenta al aplicar la norma, escogiendo la interpretación más coherente con su cumplimiento, y evitando en la medida de lo posible su violación. En ningún caso es aceptable, a nuestro entender, pretender implantar esta lista de principios como exhaustiva. La evolución misma del Derecho global demostrará que son muchos otros los principios aplicables, y especialmente dependiendo del sector del Derecho en el que se centre el análisis, los fundamentos jurídicos serán unos u otros. Lo importante, en cualquier caso, es tomar conciencia del fundamento común de las normas privadas supranacionales, a las que les es exigible la adhesión a los principios jurídicos fundamentales de los ordenamientos modernos que pueden considerarse Estados de Derecho.

Por último, el autor propone una serie de máximas latinas aplicables al Derecho global, al estilo de las *regulae* de Derecho romano<sup>266</sup>. El intento es tan sugerente como loable. Ciertamente, sería valiosísimo que el Derecho global moderno pudiera contar con el bagaje jurídico de unas máximas que han sido clave en el desarrollo de los ordenamientos jurídicos occidentales. En este sentido, creemos que la mayoría de ellas siguen siendo aplicables en el nuevo Derecho global. Difícilmente puede negarse en el plano supranacional la aplicación de una regla jurídica de *bona fides*, por ejemplo, o de la regla de la preclusión, *vigilantibus, non dormientibus, iura succurrunt*. Otras, ya superadas en el Derecho del Estado, deben ser excluidas, y si aparecen, combatidas. Me refiero a expresiones aciagas (singularmente del Derecho público) como *princeps legibus solutus* o *jurer a l'Administration c'est encore administrer*. La respuesta en estos casos debe centrarse siempre en soluciones similares a las ya adoptadas en el Derecho interno, y sobre todo el control judicial. No debemos permitir al ciudadano corporativo lo que no le permitimos a la Administración del Estado. Este es el motivo por el que en el presente trabajo vemos con cierta distancia los órganos cuasi jurisdiccionales de algunos ciudadanos corporativos, cuyas apelaciones se nos asemejan más a recursos administrativos que a los contenciosos y la protección judicial. Por lo tanto, en la aplicación de una norma privada

---

<sup>266</sup> DOMINGO OSLÉ (2007:213 y ss.).

supranacional, la vía judicial interna siempre debe quedar expédita, aunque exista un órgano cuasi judicial en el ciudadano corporativo. Puede decirse entonces que el único principio indispensable e insoslayable del Derecho global es el de acceso a la tutela judicial efectiva del Estado de aplicación de la norma.

4. Una diferencia de perspectiva: el Derecho administrativo internacional, global o supranacional. La supranacionalidad como fenómeno en el Derecho administrativo.

4.1. La propuesta norteamericana: el Derecho administrativo global.

El Derecho global aspira a convertirse, razonablemente, en una de las ramas más prominentes del ordenamiento jurídico. No sólo no ha parado de crecer en los últimos cuarenta años sino que, como ya hemos demostrado, se ha visto impulsada durante la pasada crisis económica mundial. Ahora bien, en el presente trabajo a nosotros nos interesa una de las vertientes del Derecho administrativo global, en particular, el Derecho administrativo global. El origen de este concepto se encuentra en la doctrina norteamericana, como veremos inmediatamente, y se opone al Derecho administrativo Internacional, concepción anclada en el estatalismo que marca de arriba abajo el Derecho Internacional Público, y que es más restringida en su perspectiva. Vamos pues a analizar ambas. Además, estudiaremos en tercer lugar la doctrina italiana, que mantiene una posición intermedia entre las dos concepciones.

Siguiendo los esfuerzos para formar un concepto de Derecho global, en un trabajo fundamental de KINGSBURY, KRISCH y STEWART se sientan las bases de la concepción norteamericana<sup>267</sup> <sup>268</sup>. El Derecho administrativo global sería el producto de un cambio en el centro de poder en muchas decisiones de Derecho público, desplazado desde el Estado a un nivel supranacional. Se multiplica así la regulación transnacional, y se diseña una nueva Administración capaz de atender la dimensión supranacional de sus actos. Los sectores en los que se produce este cambio van desde la seguridad, asistencia financiera a países en desarrollo, medioambiente, regulación financiera y bancaria, ejecución de las normas estatales, telecomunicaciones, comercio internacional, propiedad intelectual, protección laboral e inmigración, incluyendo a los refugiados (por citar a los que citan los autores, pero se podrían añadir igualmente otros, por ejemplo, la regulación de la ciencia, el sector agroalimentario, la aviación civil y otros que veremos después). Una posible respuesta a este fenómeno es la extensión del Derecho administrativo nacional. De aquí surge lo que se conoce como el Derecho administrativo Transnacional, es decir, aquella vertiente del Derecho administrativo global que estudia la aplicación del Derecho de un Estado en territorio extranjero. El Derecho administrativo Transnacional se ha convertido en una constante debido a la regulación nacional de amplio espectro con el que algunos Estados regulan las actividades de operadores que

---

<sup>267</sup> Vid. el texto absolutamente fundamental -cuando no fundacional- de KINGSBURY, B./KRISCH, N./STEWART, R. B. (2007): "The Emergence of Global Administrative Law", Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, Working Paper 2004/1, pp. 15 y ss; AMAN, A. C. (1999): "Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy, and the Furtherance of a Global Public Interest", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 6; SCHEDLER, A. (1999): "Conceptualizing Accountability", en SCHEDLER, A./DIAMOND, L./PLATTNER, M.F. (Ed.), *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, Londres; KEOANE, R.O. (2006): "Accountability in World Politics", *Scandinavian Political Studies* 29-2, pp. 75-87; DYZENHAUS, D. (2009): "Accountability and the Concept of Global Administrative Law", en CORDER, H. (Coord.), *Global Administrative Law: Innovation and Development*, Kapstadt; ANTHONY, G./AUBY, J.B./MORISON, J./ZWART, T. (2011): Values in Global Administrative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, pp. 2-3; MARKS, S. (2005): "Naming Global Administrative Law", *New York University Journal of International Law and Politics* 37, pp. 995-1001; MCLEAN, J. (2004): "Divergent Legal Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, 68, pp. 167-187; LADEUR, K.H. (2011): "The emergence of Global Administrative Law and transnational regulation", *IIJ Working Paper* 2011/1; VERDIER, P. J. (2011): "Transnational Regulatory Networks and Their Limits", *Yale Journal of International Law* 34-1; ABBOTT, K.W./SNIDAL, D. (2001): "International "Standards" and International Governance", *Journal of European Policy* 8, pp. 345-370; ZARING, D. (2004): "Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration", *IIJ Working Paper* 2004/6; ABBOTT, K.W./SNIDAL, D. (2000): "Hard and Soft Law in international Governance", *International Organization* 54; KRISCH, N. (2006): "The Pluralism of Global Administrative Law", *European Journal of International Law*; 17-1; SHAPIRO, M. (1993): "The Globalization of Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1, pp. 37-64; STEWART, R. B. (2005): "US Administrative Law: A Modell for Global Administrative Law?", *Law and Contemporary Problems* 68; CHEVALIER, J. (2001): "Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation?" en MORAND, C.-A. (Dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant; BELL, J. (1994): "Comparative Law and Legal Theory", en KRAWIETZ, W./MACCORMICK, N./VON WRIGHT, G.A. (Eds), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, Duncker & Humblot, Berlin; LEGRAND, P. (1996): "European Legal Systems are not converging", *International Comparative Law Quarterly* 45; PONTTHOREAU, M.-C. (2006): "Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public", *l'Actualité juridique. Droit administratif* 1.

<sup>268</sup> Sobre la formación de conceptos, vid. RÖHL, K./RÖHL, H. C. (2008): *Allgemeine Rechtslehre*, Köln, Carl Heymanns Verlag; BAER, S., „Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältniss zur Rechtsdogmatik“, en SCHMIDT-ABMANN, E./HOFFMANN-RIEM, W. (Coords.) (2004): *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, p. 225; DÍEZ SASTRE, S., „La formación de conceptos (dogmáticos) en el Derecho Público“, Ponencia presentada en el III Seminario de Teoría y Método, Ciudad Real, 30 de mayo de 2014.

de hecho son internacionales. Singular a este respecto ha sido el caso de Estados Unidos, sobre todo en materia financiera, donde ha promulgado normas administrativas que aspiran a tener una eficacia amplísima fuera de sus fronteras, o en las que el criterio de conexión que con Estados Unidos que requieren para ser aplicables es tan exiguo que es difícil imaginar que no sean aplicadas. Así sucedió célebremente en materia de regulación financiera con el *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, consecuencia a su vez del escándalo contable del caso *Enron*.

Sin embargo, este enfoque genera demasiados problemas. Por una parte, la aplicación de una norma de Derecho público en territorio extranjero siempre genera problemas y tensiones. En el mejor de los casos, los Estados implicados pueden adoptar acuerdos sobre la resolución de estos conflictos de normas, normalmente bajo la forma de tratados internacionales. Entre las posibles soluciones destaca el reconocimiento mutuo como instrumento para la resolución del conflicto, opción ésta que es además la mayoritariamente adoptada por la Unión Europea para permitir la eficacia de muchos actos administrativos nacionales a nivel europeo. Por cierto que el problema tampoco es baladí a nivel estatal, pues a menudo estos problemas se presentan en Estados compuestos, como demostró en el Derecho español la necesidad de aprobar la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado). En cualquier caso, este problema es ajeno a nuestra preocupación en el presente trabajo. Nosotros vamos a centrarnos en las normas privadas supranacionales, y en su posible aplicación interna en el Derecho español.

Además de eso, resulta forzoso reconocer la existencia de los que llaman “agentes administrativos transnacionales”, que llevan a cabo actividades administrativas pero no se someten al control directo de ninguna autoridad administrativa interna, aunque en la práctica sus decisiones se aplican a los particulares, bien directamente desde el plano global o bien indirectamente, al asumir estas normas el ordenamiento interno. Entre estos nuevos cuerpos legislativos encontraríamos tanto organizaciones internacionales o incluso grupos informales de altos funcionarios (es el caso del Comité de Basilea) como entidades híbridas o de posición ambigua (desde representantes de gobiernos hasta sindicatos, patronales, Colegios profesionales u organizaciones no gubernamentales, por ejemplo) y otras puramente privadas, que asumen espontáneamente el cargo de elaborar estándares internacionales. Se trata, naturalmente, de todos los entes que hemos englobado bajo el concepto de ciudadano corporativo. El ciudadano corporativo no es sin embargo un cajón de sastre para todas estas entidades indefinibles, sino un concepto que abarca unas características comunes a todos ellos: su naturaleza supraestatal (incluso aunque esa naturaleza pueda ser pública, en el caso de una organización internacional) y su ejercicio de potestades públicas, singularmente la legislativa, de facto y sin someterse al control de ninguna Administración o Estado.

Por otra parte, HARLOW ha puesto el énfasis en el caso más representativo de Derecho administrativo supranacional, el Derecho administrativo Europeo<sup>269</sup>. No vamos a desglosar cómo es este ordenamiento en sus entrañas, porque está sobradamente estudiado por los expertos en el Derecho de la Unión. Sí que hay que explicar sin embargo cuáles son sus líneas maestras, para justificar por qué en el presente estudio dejamos de lado el Derecho europeo. En realidad, no lo dejamos de lado en absoluto, al contrario, es todo un modelo para el Derecho administrativo global y como tal lo ensalzamos. Lo que sí que es cierto es que los problemas que en él se plantean son más propios del Derecho del Estado, pues en su proceso de formación, el objetivo de los Estados Miembros ha sido asimilarlo al Derecho estatal. Como explica la autora, tanto el sistema judicial como el procedimiento tomaron como modelo el precedente francés, lo que conformó un Derecho administrativo trufado de conceptos, definiciones teóricas, estructuras jerárquicas y una función de control preponderante sobre las demás. Pero también existían, nos dice, tendencias alternativas. Al fin y al cabo, y como es común en el Derecho global, en el Derecho europeo prevalecen los objetivos de mercado sobre los demás. Así, la autora compara la Unión Europea no con una rama de la Administración interna de los Estados miembros, lo cual no ha pretendido ser nunca, sino con una suerte de Agencia reguladora al estilo americano, un agente independiente regulador del mercado (en su caso, del mercado único). Además, el segundo factor fundamental que diferencia a la Unión Europea de una Administración equiparable a cualquier modelo interno es que sus órganos decisorios (fundamentalmente, el TJUE y la Comisión) han apostado siempre por la integración europea, y nunca se han limitado a ser meros gestores de la voluntad de los Estados miembros. Este dato revela la independencia de estos órganos, que apuestan por el avance del Derecho de la Unión

---

<sup>269</sup> HARLOW, C. (1998): “European Administrative Law and the Global Challenge”, *RSC Working Paper*, n. 23. Vid igualmente AMAN, A.C. (2001): “The Limits of Globalization and the future of Administrative Law: From Government to Governance”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 8; KINGSBURY, B. (2005): “The Administrative Law Frontier in Global Governance”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 99; KRISCH, N./KINGSBURY, B. (2006): “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order”, *European Journal of International Law* 17; MITCHELL, A./FARMIK, J. (2009): “Global Administrative Law: Can it bring Global Governance to Account?”, *Federal Law Review* 37; SHAPIRO, M. (2001): “Administrative Law Unbounded. Reflections on Government and Governance”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 8, pp. 369-377; Ver también BÜTHE, T./MATTLI, W. (2011): *The new global rulers. The privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2011, pp. 5 y 19-20, J. BLACK (2005): “Decentring regulation: The role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world”, *Current Legal Problems* 54, pp. 103-146; MATTLI, W., y BÜTHE, T. (2005): “Global private governance: lessons from a national model of setting standards in accounting”, *Law and Contemporary Problems*, 68, pp. 225-262. ESTY, D. C. (2006): “Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law”, *The Yale Law Journal* 115, pp. 1490-1560; KINGSBURY, B./CASINI, L. (2009): “Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law”, *International Organizations Law Review* 6, pp. 319-358; BENVENISTI, E. (2005): “The Interplay between Actors as a Determinant of the Evolution of Administrative Law in International Institutions”, *Law and Contemporary Problems* 68; HARLOW, C. (2006): “Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values”, *European Journal of International Law* 17-1. SLAUGHTER, A.M. (2004): “Power and Legitimacy in a Government Networks”, *The Partnership Principle, New Forms of Governance in the 21st Century*, Archetype Publications, London; DE BELLIS, M. (2010): “Public Law and Private Regulators in the Global Legal Space” *The new Public Law in a Global (dis)order. A perspective from Italy*, Jean Monnet Working Paper 17/10; ZUMBANSEN, P. (2013): “Transnational Private Regulatory Governance: ambiguities of Public Authority and Private Power”, *Law and Contemporary Problems* 76; CHIMNI, B.S. (2005): “Co-option and Resistance: Two faces of Global Administrative Law”, *New York University Journal of International Law and Politics* 37, pp.799-827.



a pesar de que no todos los Estados miembros estaban por la labor de semejante progreso jurídico. Por esto, la Administración europea es típica del Derecho global, y no tanto del Derecho estatal, aunque por su origen pueda parecer lo contrario.

Pero sin duda, el problema más singular al que se enfrenta el Derecho administrativo global es el de la naturaleza jurídica de sus normas, la mayoría de las cuáles aparece como meras recomendaciones. El Derecho global es, al fin y al cabo, un fenómeno de autorregulación regulada, donde la cuestión a dilucidar estriba en si ésta es capaz de constituir un sistema en sí misma, o si por el contrario es dependiente de la regulación estatal, negándose así la existencia del Derecho administrativo global como sistema autónomo. Más aún, hay preguntarse por la naturaleza jurídica del sistema normativo, es decir, si el Derecho global es un sistema normativo en absoluto, un ordenamiento, o si es más bien un “concepto clave”, pero no un orden jurídico ni una rama nueva del Derecho<sup>270</sup>. En el presente trabajo damos nuestra propia respuesta a esa pregunta, recuperando la teoría de la recepción. En el Derecho anglosajón el gran referente ha sido su teórico del Derecho más importante en el siglo XX, HART, y su teoría de las normas, especialmente la construcción teórica de la norma de reconocimiento, como se verá no demasiado lejana de nuestra propuesta, pero la separa de ella una diferencia fundamental, el hecho de que la concepción hartiana fue diseñada para justificar la validez de las normas dentro del Estado, que es exactamente el campo en el que fracasó la teoría del reconocimiento. En el Derecho global, creemos, la teoría del Derecho va a funcionar a la inversa. Veamos el camino adoptado por KINGSBURY en su propuesta, luego contestada por otros<sup>271</sup>. Para el autor norteamericano, el Derecho administrativo global debe ser reconocido como una cuestión de hecho, en el que pueden identificarse fuentes de reconocimiento concretas, y que extiende un positivismo hartiano para adaptarlo a valores y principios propios del Derecho público. De esta forma, al tiempo que el Derecho administrativo global se diferenciaría de los Derechos Administrativos nacionales en la medida en que potencia el autogobierno y la autorregulación y la libertad individual de los individuos que participan (incluidos los corporativos), el autor propone un concepto positivista “extensivo”, que separe el Derecho global de concepciones

---

<sup>270</sup> En este sentido, DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2014): “El Derecho administrativo global: Un nuevo concepto clave del Derecho administrativo”, *IV Seminario de Teoría y Método*, Barcelona, 28 de noviembre de 2014, pp. 1-28. Sobre la autorregulación regulada, vid. su fundamental trabajo DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2005): *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Madrid: Marcial Pons, y también DARNACULLETA GARDELLA, M.M., “Autorregulación normativa y Derecho en la Globalización”, en DARNACULLETA GARDELLA, M.M./ESTEVE PARDO, J./SPIECKER GEN. DÖHMANN, *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid.

<sup>271</sup> KINGSBURY, B. (2009): “The Concept of “Law” in Global Administrative Law”, ILLJ Working Paper 2009/1. Para sus críticos y otras concepciones alternativas, vid. SOMEK, A. (2010): “The Concept of “Law” in Global Administrative Law. A Reply to Benedict Kingsbury”, *European Journal of International Law*, 20-4, pp. 985-995; KUO, M.S. (2010): “The Concept of “Law” in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury”, *European Journal of International Law*, 20-4, 2010 y LADEUR, K.H. (2011): “The Evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law”, Osgoode CLPE: Reseach paper 16/2011.

normativas moralistas, y objetivice su contenido mediante el reconocimiento. Para construir esta fórmula de reconocimiento, trae a colación tres elementos del pensamiento hartiano.

En primer lugar, debe atenderse a un patrón objetivo, el hecho social, que exige poner la vista sobre las actitudes internas (del sistema) observadas por los principales participantes, y también cualquier agente externo que los evalúe. Es decir que, observando como actúan el Estado, la Administración, los órganos judiciales y los ciudadanos corporativos, podremos componer un mapa con las reglas de reconocimiento que siguen. Podríamos saber así hasta que punto puede considerarse vigente la norma primaria que consideramos aplicables (es decir, la norma privada supranacional), y podríamos evaluar también el carácter fragmentario de la propia regla de reconocimiento, así como sus mecanismos evolutivos en su dimensión temporal y la posibilidad de distinguir si estamos ante una regla o ante un principio (sin embargo, para esto último ya tenemos elementos en el Derecho continental, fundamentalmente la distinción entre principios y reglas elaborada por ALEXY, expuesta en otra parte de esta obra). En segundo lugar, la fuentes del Derecho administrativo global serían los tratados internacionales y la costumbre internacional, pero también el Derecho interno según los casos. Sin embargo, es evidente para el mismo autor que este catálogo se queda corto, pues no puede limitar el Derecho global al propio Derecho constitucional o Internacional Público ya existente. Al contrario, es indispensable conceptualizar fuentes del Derecho nuevas. Sobre esto volveremos más adelante. En tercer lugar, el problema de la regla de reconocimiento en sí mismo lleva al autor a seguir también el planteamiento según el cual, la unidad del Derecho internacional requiere una unidad conceptual y justificativa. Este reconocimiento único, que puede verificarse en el Derecho Internacional Público, no es posible en el Derecho administrativo global. No existe una única regla de reconocimiento en el Derecho administrativo global, o al menos no ha sido aún formulada, y lo que es más, no existirían órganos comunes para imponerla, fundamentalmente órganos judiciales, y los que hubiera son órganos internos de los entes (ciudadanos corporativos), como sus comités de apelación, que no están legitimados para implantar su propio concepto de la regla de reconocimiento en todo el sistema. Pero si como dice el autor el Derecho administrativo global no tiene tribunales, no tiene tratados internacionales que lo establezcan, no tiene normas estatales que lo estipulen como obligatorio, y no tiene ni siquiera una larga tradición jurídica, ¿qué es entonces el Derecho administrativo global? He aquí el cuarto elemento: el Derecho administrativo global debe integrar también los elementos clásicos del Derecho público, y eso incluye especialmente su función de control del poder público.

En líneas generales, podemos afirmar nuestro acuerdo con las posiciones de KINGSBURY. Sin embargo, no podemos pasar por alto que en el uso de la teoría de HART hay a nuestro parecer un

riesgo implícito que explica por qué es tan difícil encontrar la “regla de reconocimiento” de las normas privadas supranacionales. En realidad, la teoría de Hartiana nace, como todas las teorías positivistas (incluida, por supuesto, la de KELSEN) para justificar el poder del Estado, o al menos un poder centralizado. Empleando una aproximación de rasgos empiristas, más propia de la filosofía anglosajona, frente a la abstracción de la teoría kelseniana, el filósofo del Derecho inglés explicaba cómo puede identificarse el Derecho positivo válido desde la vigencia de una determinada regla “secundaria”, que es la de reconocimiento.

A esta teoría, sin embargo, pueden hacerse las mismas críticas que a la kelseniana, como tanta doctrina se ha ocupado en demostrar: que al fin y al cabo siempre habrá un cierto corte ético o moral en la norma de reconocimiento, y que no se aclara el fundamento del sistema si a su vez no se aclara el fundamento de aquélla. Aquí no pretendemos responder a estas preguntas. Creemos, eso sí, que es completamente acertado poner el énfasis en el reconocimiento, pero no hay que residenciar ese reconocimiento en ninguna norma. La teoría Hartiana asume que la norma existe, y luego intenta probar que la norma se aplica aludiendo al hecho social de la conducta de quienes cumplen la norma, y en el caso del Estado acierta, porque efectivamente la norma existe, porque esté o no escrita la Constitución, siempre hay en una sociedad con Estado uno o varios textos fundamentales, o unas costumbres constitucionales, o unos principios jurídicos comunes. Por eso en el contexto estatal la teoría Hartiana va sobre seguro: sabemos de antemano que existe la norma cuya existencia pretende probar por medio de los hechos, esa que permite reconocer a las normas primarias como Derecho vigente. Pero en el Derecho global esto no es así: los principios del Derecho global, provengan del Derecho Internacional, del Comparado o del Derecho nacional, están por formarse. Por lo tanto, no existe regla de reconocimiento alguna. Cuando investigamos sobre los hechos qué lleva a los participantes en la sociedad global a seguir ciertas normas a rajatabla, incluso cuando éstas se presentan como no vinculantes, no encontramos una regla de reconocimiento. Y esto no es porque la regla sea fragmentaria, porque de serlo no habría un ordenamiento jurídico, sino varios, tantos como reglas de reconocimiento. Lo que encontramos es la obediencia a una norma privada supranacional por reconocimiento individualizado. Ahora bien, esto es algo que no queda del todo resuelto en la teoría Hartiana -sí en la kelseniana-. Si se puede comprobar por los actos de la mayoría de los sujetos de una sociedad que la norma de reconocimiento existe, entonces ésta obliga a todos los sujetos de aquélla, aunque algunos eludan su cumplimiento.

En realidad, tenemos aquí el mismo problema que se achaca a la teoría del reconocimiento desde el punto de vista de la filosofía del Derecho estatista: ni la vigencia de la norma fundamental o de

reconocimiento, ni de cualquier otra, pueden hacerse depender de la voluntad, ni siquiera de los actos, de los obligados. Es cierto que en algunos momentos históricos se ha contemplado la pérdida de vigencia de la norma por desuso, pero es que el desuso no hace depender a la norma de la voluntad de los obligados en todo momento de su existencia, sino sólo al final, lo que no quita que la norma sea válida y eficaz desde su entrada en vigor, independientemente de su reconocimiento estatal. Además, esta es ya una teoría proscrita en la mayoría de los sistemas estatales que han adoptado un esquema kelseniano, como sucede con la mayoría de Estados de Derecho. Por contra, cuando no existe una norma secundaria -como les sucede a las normas privadas supranacionales-, el reconocimiento sí que es necesario, pero es un reconocimiento individualizado para cada norma y cada obligado, sin que pueda afectar a otros miembros de la sociedad. De ahí la utilidad de la teoría clásica del reconocimiento, que nos permite hablar de un Derecho global de eficacia personal, en la que la validez de la norma depende de su aprobación, su eficacia personal de su reconocimiento y su eficacia territorial de su integración en el Derecho del Estado.

Otra cosa será que en el futuro pueda existir algo similar a una regla de reconocimiento hartiana en el Derecho global. Esto es posible por dos motivos. En primer lugar, porque muchas normas privadas supranacionales, aunque se intitulen como no obligatorias y aunque no las consideremos personalmente eficaces hasta su reconocimiento, en realidad son difíciles de eludir en la práctica, debido al enorme poder de sus autores, que les acercan a teorías de la eficacia aplicables al Derecho del Estado, pero sin llegar hoy en día a tal extremo. En segundo lugar, lo cierto es que el desarrollo de los principios del Derecho global, de la rama administrativa y de todas, al cual el presente trabajo aspira a contribuir desde la mayor humildad, puede acabar desembocando en la formación de una regla de reconocimiento global, en la que con fundamento en principios comunes puedan aprobarse normas globales eficaces directamente. Sin embargo, y a falta de un poder global, esta situación queda hoy lejana, y es difícil imaginar a día de hoy una norma jurídica de Derecho global aplicable sin el reconocimiento del sujeto al que obliga.

#### 4.2. La propuesta alemana: el Derecho administrativo internacional.

El Derecho administrativo global es la propuesta de la doctrina norteamericana. Sin embargo, la doctrina alemana ha participado también activamente en el debate, si bien proyectando un punto

de vista de corte estatalista<sup>272</sup>. La principal característica de la concepción alemana es el rechazo a la noción de “globalidad”. La visión germánica es, al menos mayoritariamente, interestatal o

---

<sup>272</sup> Sobre la doctrina alemana, vid. en general SCHMIDT-ABMANN, E. (1996), “Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der Europäischen Gemeinschaft”, *Europarecht* 31, pp. 270 y ss., en KINGSBURY, B./KRISCH, N./STEWART, R. B. (2007): 34, nota 118; SIEDENTOPF, H. (1997): “Die Internationalität der öffentlichen Verwaltung”, en KÖNIG, K./SIEDENTOPF, H., *Öffentliche Verwaltung in Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, p. 712; SCHMIDT-ABMANN, E. (2006): “La Ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, *RAP* 171, [traducción al español de “Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen”, *Der Staat* 25, pp. 315 y ss.]; SCHMIDT-ABMANN, E. (2008): “Überlegungen zu Begriff und Funktionskreise des Internationalen Verwaltungsrecht”, en MAGIERA, S./SOMMERMANN, K.-P./ZILLER, J. (Coord.), *Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis in nationaler und transnationaler Perspektive. Festschrift für Heinrich Siedentopf zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, p. 101; SCHMIDT-ABMANN, E. (2008): “The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship”, *German Law Journal* 9; SCHMIDT-ASSMANN, E. (2008): “Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho alemán, europeo e internacional”, en SCHMIDT-ASSMANN, E., ROEHL, H.C. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2008): *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla: Global Law Press; DANN, P./VON ENGELHARDT, M. (2011): “The Global Administrative Order Through a German Lens: Perception and Influence of Legal Structures of Global Governance in Germany”, *German Law Journal* 12; BATTIS, U. (2011): “Deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft in der Reform”, *BRJ*, n.1/2011, p. 41; MÖLLERS, C./TERHECHTE, J. P., (2011): „Europäisches Verwaltungsrecht und Internationales Verwaltungsrecht“, en TERHECHTE, J.P., *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden; MERKLI, T. (2002): “Internationales Verwaltungsrecht: Das Territorialitätsprinzip und seine Ausnahmen”, *Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und Liechtensteins vom 7. bis 10. November 2002*, Vaduz. Pero sobre todo vid. MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C. (Eds), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, 426 págs. especialmente sus artículos RUFFERT, M. (2007): „Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrecht“, en MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C. (Eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen, p. 39, y LADEUR, K.H. (2007): “Die Internationalisierung des Verwaltungsrecht: versuch eine Syntese”, en MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C. (Eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen, MÖLLERS, C. (2007): “Internationales Verwaltungsrecht. Eine Einführung in die Referenzanalysen”, en MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C. (Eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen; así como su reseña en España, DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2011): Reseña de MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C. (Eds), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, 426 págs., *RAP* 185; VON BOGDANDY, A. (2008): “Prolegomena zu Prinzipien internationalisierter und internationaler Verwaltung” en RÖHL, H.C./TRUTE, H.-H./MÖLLERS, C./GROSS, T. (Coords), *Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Mohr Siebeck, Berlin, pp. 683-697; TIETJE, C. (2001): *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, Duncker & Humblot, Berlin; MAYER, F. C. (2006): *Die internationalisierung des Verwaltungsrechts. Modi und Strukturen der Einwirkung auf das nationale Recht in Zeiten der Europäisierung und Globalisierung*, Mohr Siebeck, Tübingen; WALTER, C. (2005): “Internationalisierung des deutschen und Europäischen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts – am Beispiel der Aarhus-Konvention”, *Europarecht* 2, FISCHER LESCANO, A. (2008): “Transnationales Verwaltungsrecht. Privatverwaltungsrecht, Verbandsklage und Kollisionsrecht nach der Aarhus Convention”, *Juristenzeitung* 63; MÖLLERS, C. (2005): “Transnationale Behördenkooperation. Verfassungs- und Völkerrechtliche Probleme transnationaler administrative Standardsetzung“, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 65; VON BOGDANDY, A./DANN, P. (2008): “International Composite Administration: Conceptualizing Multi-Level and Network Aspects in the Exercise of International Public Authority”, *German Law Journal* 9-11; RÖHL, H. C. (2007): „Internationale Standardsetzung“, en MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C. (Eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen; GOLDMANN, M. (2008): „Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority“, *German Law Journal* 9-11; KIRCHHOF, G./MAGEN, S./SCHNEIDER, K. (Eds.), *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, Tübingen, pp.39-62.

internacional. DANN y ENGELHART<sup>273</sup> han desglosado el discurso del Derecho administrativo Internacional en tres vertientes. La primera, como un Derecho de conflictos de leyes jurídico-públicas de diferentes Estados. Es el sentido horizontal de la disciplina. La segunda, es la influencia del Derecho Internacional Público sobre el Derecho administrativo interno, es decir, los elementos de las normas de Derecho Internacional (tratados, costumbres, principios) que modifican o determinan la forma o contenidos del Derecho administrativo nacional. Y en tercer lugar, es el Derecho que estudiaría la actividad jurídico pública de las organizaciones internacionales; en realidad, bajo esta expresión hablamos no sólo de las organizaciones internacionales de Derecho internacional público, sino también de aquellas entidades privadas o nunca formalmente constituidas que tienen su propia producción legislativa. Estudia, por lo tanto, el fenómeno del ciudadano corporativo. Este último punto de vista, que es el más cercano al Derecho administrativo global, sin embargo, se centra en la extensión de las garantías estatales a estos entes -asunto de gran importancia-, pero descuida el estudio de las propias normas privadas supranacionales como fenómeno jurídico. Como ejemplo de una posición resistente en extremo al globalismo, J. BAST ha sostenido -estudiando un sector muy particular eso sí, la inmigración internacional- que el Derecho Administrativo Internacional no es una vertiente jurídica internacionalizada, sino al contrario, desinternacionalizada, al organizarse a través de estándares europeos<sup>274</sup>.

Ahora bien, esta última posición no puede ser mantenida ya hoy, al menos no con carácter general. La internacionalización del Derecho es un fenómeno de amplio espectro, del que la europeización es solamente una manifestación aislada. Semejante afirmación parte de una asunción doble y equivocada: en primer lugar, exige admitir que la legislación europea consagra los estándares internacionales, lo cuál no puede afirmarse siempre. En realidad, es perfectamente imaginable un contexto en el que el cumplimiento de una norma europea no garantice a su vez un adecuado cumplimiento de las normas supranacionales. Y tampoco es cierto que el Derecho vigente proceda

---

<sup>273</sup> DANN y ENGELHARDT (2011:1372 y ss.). Vid. igualmente G. TEUBNER (1996): "Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus", *Rechtshistorisches Journal* 15, 1996; FISCHER-LESCANO, A./LISTE, P. (2005): "Völkerrechtspolitik. Zu Trennung und Verknüpfung von Politik und Recht der Weltgesellschaft", *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 2; RÖHL, H. C. (2007): 319-345; OHLER, C. (2007): 259-279; y LEPSIUS, O. (2007): "Standardsetzung und Legitimation", en MÖLLERS, C./VOSSKUHL, A./WALTER, C., *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 345-374; VON BOGDANDY, A. (2008): "General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field", *German Law Journal* 9-11.; VON BOGDANDY, A./DANN, P./GOLDMANN, M. (2008): "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities", *German Law Journal* 9-11, pp. 1375-1400; VON BOGDANDY, A./GOLDMANN, M. (2009): "The Exercise of Public Authority through national policy assessment", IILJ Working Paper 2009/2; VON BOGDANDY, A./WOLFRUM, R./VON BERNSTOFF, J./DANN, P./GOLDMANN, M. (2010): *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Springer, Heidelberg; KOKOTT, J. (2004): „Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung“, *VVDStRL* 63, pp. 11-35.

<sup>274</sup> BAST, J. (2007): "Internationalisierung und De-Internationalisierung der Migrationsverwaltung", en MÖLLERS, C./VOSSKUHL, A./WALTER, C. (Eds), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, 426 págs.

de un contexto internacionalizado, o no al menos tanto como para poder hablar de una “des-internacionalización”. La identificación entre internacionalización y europeización, por tanto, es sólo parcialmente correcta, en la medida en la que la europeización es un fenómeno de la internacionalización, sin duda el más desarrollado. La segunda asunción errónea es que la europeización es una suerte de “re-estatalización”. En realidad, sucede que el fenómeno de “lo estatal” está siendo superado el paradigma de “lo global”, lentamente, pero de forma progresiva. La traducción del fenómeno a nivel europeo es la constitución de una entidad supranacional de naturaleza propia, difícil de asimilar a cualquier otra. Cosa similar sucede con la Comisión Europea de Derechos Humanos y el sometimiento al TEDH. Estos fenómenos, tradicionalmente estudiados en el marco del Derecho Internacional público, no pertenecen a la tradición jurídica estatal, sino a la supranacional, por mucho que a menudo recurran a modelos estatales. Por lo tanto, ni las normas europeas son capaces de cubrir todos los ámbitos materiales del Derecho global, ni conducen a la formación de una estructura jurídica macro-estatal, sino supraestatal, o lo que es lo mismo, perteneciente al orden global.

SCHMIDT-ASSMANN, por el contrario, ha puesto el acento de la internacionalización en la pérdida de la territorialidad, de manera que ésta sería el resultado de un proceso de evolución del Derecho administrativo tradicional desde sus mismos dogmas. En un artículo ya célebre<sup>275</sup>, el profesor alemán distingue entre cuatro tipos de relaciones administrativas internacionales: la cooperación bilateral (como la cooperación policial, la cooperación en materia de protección social, o la coordinación del Derecho tributario internacional); las organizaciones regionales supranacionales; las organizaciones mundiales (que incluyen básicamente a las organizaciones internacionales); y las que llama “redes informales de autoridades”, que incluirían, por ejemplo, el propio Comité de Basilea, como también otros ciudadanos corporativos. El autor elude sin embargo hablar del Derecho administrativo global, a pesar de reconocer su apoyo doctrinal en Estados Unidos e Italia. En otro trabajo, nos aporta una definición del Derecho administrativo Internacional, que sería “el Derecho típico de las estructuras regulatorias del tráfico jurídico internacional”. Para explicar el contenido del Derecho administrativo Internacional, recurre a la idea de las tres esferas. Existiría en primer lugar un Derecho administrativo Internacional de acción, aplicable a los agentes internacionales. La doctrina alemana, como ya sabemos, quiere ver aquí sólo a las organizaciones internacionales, aunque ciertamente debemos incluir a todos los ciudadanos corporativos. En segundo lugar, existiría un Derecho de la determinación, es decir, un conjunto de normas supranacionales que determina la actuación de los agentes administrativos internos. Desde luego, este es el caso del Derecho de la Unión Europea, pero también lo es de las normas privadas

---

<sup>275</sup> SCHMIDT-ASSMANN (2006).

supranacionales. Efectivamente, éstas deben poder ser aplicadas por las Administraciones internas, pero reconociendo siempre a la Administración la carga de probar que el sujeto a quién se aplica está obligado por ellas, lo que en la práctica pasa por probar que el reconocimiento normativo se ha producido<sup>276</sup>.

El planteamiento del Derecho administrativo Internacional, sin embargo, debe ser desechado. El carácter internacional debe negarse en virtud de, precisamente, la cualidad del Derecho administrativo, según la cual éste sería esencialmente territorial. El problema mantener principios y axiomas jurídicos de un sistema anterior es precisamente el riesgo de quedarse encerrado en ellos. No hay estatalidad sin territorialidad de la Administración. La eficacia internacional de las normas administrativas estatales, por sí sola, no introduce un elemento de internacionalidad. Para hablar de plena internacionalidad sería necesario circunscribirse, en primer lugar, a las relaciones entre Administraciones públicas. Pero de hecho, sabemos que el campo de acción del Derecho global es más amplio. Incluso el mismo Derecho administrativo Internacional incluye más contenidos que los estrictamente internacionales: se desborda a sí mismo. Evidentemente, su insuficiencia es la principal y más relevante muestra de la inadecuación del concepto. El Derecho público global necesita de un concepto amplio, capaz de amparar todas sus normas. No un concepto clave derivado del Derecho vigente que no capte el conjunto del fenómeno, sino al revés, un concepto genérico y sin a penas carga dogmática, que tenga la suficiente flexibilidad como para incluir diferentes tipologías normativas en su seno, al tiempo que les otorga una unidad. En el Derecho administrativo Internacional la dogmática precede al concepto, que se forma con elementos ya muy marcados por el Derecho previo. En el Derecho administrativo global el concepto precede a la dogmática: hablamos genéricamente por global de todo lo que es supranacional, sin importarnos si es en realidad Derecho constitucional global fundado en principios derivados de los Derechos Humanos, una norma administrativa o una norma mercantil. Sólo cuando ya tengamos identificado el contenido de “lo global” apostaremos por un análisis jurídico del contenido, con el fin de darle una coherencia teórica, y por supuesto dogmática. El debate sobre las fuentes del Derecho global se separa así tanto de la norma estatal como de la norma de reconocimiento. Se separa de la norma estatal en la medida en la que las estructuras de las Estado, ni siquiera las internacionales, pueden absorber el concepto de norma privada supranacional. Y se separa de la regla de reconocimiento en la medida en que en el orden supranacional no es necesaria una norma reconocida por todos para poder hablar de un Derecho vinculante. Todo lo contrario, nos bastará con demostrar que existe un sujeto que ha recibido la norma como propia para que ésta pueda serle aplicada, de manera que aquélla despliegue plenos efectos normativos para ese sujeto y en ese caso concreto, además de

---

<sup>276</sup> SCHMIDT-ASSMANN (2008).



intentar construir un Derecho administrativo global aplicativo, o al menos aplicado por los tribunales de justicia, y dotarle de una naturaleza sistemática.

4.3. La discusión en la doctrina italiana: ¿*Diritto amministrativo globale* o carácter estatal del Derecho público?

En medio de la discusión doctrinal entre Derecho norteamericano y alemán, el Derecho italiano se ha erigido valiente en favor de las propuestas del Derecho administrativo global. De entre ellos, desde luego ha sido CASSESE quien ha dedicado mayores esfuerzos, tanto al Derecho global en

general como a su rama administrativa en particular<sup>277</sup>

---

<sup>277</sup> Sobre el Derecho global y su concepción en la doctrina italiana, vid. S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, Giuffrè, 2003; BATTINI, S. (2005): “International Organizations and Private Subjects: A Move Toward A Global Administrative Law?”, IJL Working Paper, 2005/3, pp. 2-31; BATTINI, S. (2006): “The Globalization of Public Law”, *European Review of Public Law*, 18, 1; BATTINI, S. (2007): “Political fragmentation and administrative integration: the role of the international civil service”, in A.A.V.V. (2007): *International administrative tribunals in a changing world*, Esperia Publications Ltd, London; BATTINI, S. (2008): “Le due anime del diritto amministrativo globale”, en BATTINI, S./D’AURIA, G./DELLA CANANEA, G./FRANCHINI, C./MASSERA, A./MATTARELLA, B.G./ NAPOLITANO, G./ SANDULLI, A./ TORCHIA, L./ VESPERINI, G. (Eds.), *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffrè, Milano, pp. 2-22; BATTINI, S. e VESPERINI, G. (coords.) (2008): “I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi”, *Quaderni de la Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 4, Giuffrè, Milano; BIAGGINI, G. (2008): “Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft”, *VVDStRL* 67; CAFAGGI, F. (coord.) (2006): *Reframing self-regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, The Hague; CALIGURI, A. (2007): “La ricostruzione dei principi generali di diritto da parte dei tribunali penali internazionali”. In: *Rivista di diritto internazionale*, núm. 90 (2007), pp. 1079-1105; CARDUCCI, M (2014): “Una riflessione sulla utilità della semantica di Otto Hintze nel cosiddetto “cambio di paradigma” del diritto amministrativo”, *Revista Digital de Dereito Administrativo*, v.1, n.2, pp. 280-289; CASINI, L. (2010): *Il diritto globale dello sport*, Milano, Giuffrè, 2010; CASSESE, S. (2002): “Lo spazio giuridico globale”, en *Rivista Trimestrale de diritto pubblico*, pp. 323 y ss. [CASSESE, S. (2002): “El espacio jurídico global”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 157 CEPCC, Madrid.]; CASSESE, S. (2004): “Shrimps, Turtles and Procedure: Global Standards for National Administrations”, IJL Working Paper 2004/4; CASSESE, S. (2005a): “Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation”, *New York University Journal of International Law and Politics* 37; CASSESE, S. (2005b): “The globalization of Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 37; CASSESE, S. (2006) (a): *La globalización jurídica*, Marcial Pons, Madrid [Lo spazio giuridico globale, Laterza, Roma-Bari, 2002]; CASSESE, S. (2006) (b): *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Editoriale scientifica, Napoli; CASSESE, S. (2007) (a): “Nel labirinto delle globalizzazioni”, lezione tenuta presso il Centro per la storia del pensiero giuridico moderno dell’Università di Firenze, 2 maggio 2007; CASSESE, S. (2007) (b): “La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all’ordine giuridico globale”, relazione tenuta – in versione francese – presso la Corte di Cassazione francese, nell’ambito del ciclo di conferenze sul diritto europeo organizzate in occasione del cinquantesimo anniversario del Trattato di Roma, Parigi, 11 giugno 2007; CASSESE, S./CAROTTI, B./CASINI, L./MACCHIA, M./MACDONALD, E./SAVINO, M. (Eds.) (2008): *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, IJL; CASSESE, S. (2009) (a): *Il diritto globale: Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino [CASSESE, S. (2010): *El Derecho global. Justicia y democracia más allá del Estado*, Editorial Derecho global, Global Law Press, Sevilla]; CASSESE, S. (2009) (b): *I Tribunali di Babele, I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma; CASSESE, S. (2010): “Is There a Global Administrative Law?”, en VON BOGDANDY, A./WOLFRUM, R./VON BERNSTOFF, J./DANN, P./GOLDMANN, M. (Eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Springer, Heidelberg, p. 761; CATANIA, A. (2006): “Trasformazioni del diritto in un mondo globale”, In: *Ars Interpretandi*, núm. 11 (2006), pp. 71-87; CHITI, E. (2008): “La scienza del diritto amministrativo e il diritto pubblico ultrastatale”, in *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, a cura di Luisa Torchia, Edoardo Chiti, Aldo Sandulli e Rita Perez, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 229 ss.; CHITI, E. (2010): “Organización europea y organización global: elementos para una comparación”, en PONCE SOLÉ, J. (coord.) (2010): *Derecho administrativo global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP- Marcial Pons, Madrid; CHITI, E. y FRANCHINI, C. (2003): *L’integrazione amministrativa europea*, Il Mulino, Bologna; DE BELLIS, M. (2010): “Public Law and Private Regulators in the Global Legal Space” *The new Public Law in a Global (dis)order. A perspective from Italy*, Jean Monnet Working Paper 17/10; DE VERGOTTINI, G. (2006): “Garanzia dell’identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione”. In: C. Amato, G. Ponzanelli (eds.), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*. Torino, Giappichelli, pp. 6-18; FERRAJOLI, L. (1996): “Beyond Sovereignty and Citizenship: a Global Constitutionalism”, en BELLAMY, R. (Ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Hardcover; FERRARESE, M. R. [2000], *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale* Bologna, il Mulino; FERRARESE, M. R. [2006 a], *Il diritto sconfinato*. Roma-Bari, Laterza; FERRARESE, M. R. [2006 b], *Drafting e traduzione: un’insolita accoppiata. Si può scrivere il diritto in molte lingue?* In: «Ars Interpretandi», 11 (2006), pp. 177-195; FERRARESE, M. R. (2012): “Il Paradosso contemporaneo”, in *Nomos*, núm. 2-2012, Roma; FRIGO M., *La circolazione internazionale dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 2001; GALGANO, F. [2005], *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna, il Mulino; GEERTZ C. (1995): *Mondo globale, mondi locali. Cultura e politica alla fine del ventesimo secolo* (1995), trad. it., Bologna, Il Mulino, 1999; GNES, M. (2010): “Circolazione e globalizzazione del diritto”, in *Global Competition*, 2010, n. 25, pp. 12-21; IORIATTI FERRARI, E. [2005], *Lingua e diritto in Europa: multiculturalismo, pluralismo giuridico e terminologia giuridica uniforme nel diritto europeo dei trattati*. In: «Diritto pubblico comparato ed europeo», (2005), n. 4, pp. 1549-1568; MANNORI, L., Y SORDI, B. (2004): “Justicia y administración”, en FIORAVANTI, M., *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho*, Madrid, pp. 65-102.

<sup>278</sup>. En sus contundentes afirmaciones a favor del Derecho administrativo global, ha llegado a decir que es innegable que existen organizaciones que promulgan legislación administrativa para que sea aplicada por los Estados, al tiempo que puede residenciarse el control de esta aplicación en los tribunales<sup>279</sup>. Pero al mismo tiempo, reconoce cuatro características que diferencian al Derecho global del Derecho estatal: la falta de exclusividad de la potestad legislativa, la autorregulación, la predominancia del criterio científico y la confusión del límite entre Derecho público y privado. Nosotros nos adherimos aquí a estos planteamientos. Efectivamente, porque precisamente el Derecho administrativo internacional surge -entre otras maneras- de aquellas relaciones de Derecho internacional público en las que los Estados generan un Derecho que debe ser aplicado a los ciudadanos. Dicho de otro modo, la relación del Derecho administrativo internacional con el Derecho internacional público debería ser la misma que la relación del Derecho administrativo nacional con el Derecho Constitucional. Sin embargo, el Derecho administrativo global se distingue del Internacional Público por la influencia de los actores privados y por su carácter técnico. De ahí que la doctrina italiana haya abandonado los intentos tan característicos de la alemana por asimilar el Derecho global a las estructuras jurídicas del Estado.

Probablemente CARDUCCI acierta -en el contexto de un estudio sobre la aplicación de las tesis de O. HINTZE al cambio de paradigma del Derecho administrativo- cuando pone el Derecho administrativo global en relación con la base económica de las relaciones interadministrativas, y que es el origen de la entrada de sujetos privados legisladores en el Derecho público. El autor habla de

---

<sup>278</sup> Vid. también MARCHETTI, B. (2010): “Justicia comunitaria y justicia global: elementos para una comparación”, en PONCE SOLÉ, J. (coord.) (2010): *Derecho administrativo global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP- Marcial Pons, Madrid; MAZZARESE, T. [2006], Giuspositivismo e globalizzazione giuridica: quale ridefinizione teorica? In: «Ars Interpretandi», 11 (2006), pp. 89-100. MAZZARESE, T. (2008): “Interpretazione e traduzione del diritto nello spazio giuridico globale”, *Diritto e questioni pubbliche*, núm. 8, Palermo; RODRIQUEZ, S. (2007): “Self-regulation as a regulatory strategy: The Italian legal framework”, *Utrecht Law Review*, núm 3, vol. 2, Igitur, Utrecht; SCOTT, C. [2006], Regolazione gerarchica, pluralismo giuridico e rule of law. In: «Ars Interpretandi», 11 (2006), pp. 101-141; TREVES, T. (1999): *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Giuffrè, Milano; ZOLO, D. [2004], Globalizzazione. Una mappa di problemi. Roma-Bari, Laterza; CASSESE, S. (2010): “Is There a Global Administrative Law?”, en VON BOGDANDY, A./WOLFRUM, R./VON BERNSTOFF, J./DANN, P./GOLDMANN, M. (Eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Springer, Heidelberg, p. 761; MANNORI, L., Y SORDI, B. (2004): “Justicia y administración”, en FIORAVANTI, M., *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho*, Madrid, pp. 65-102; BATTINI, S. (2008): “Le due anime del diritto amministrativo globale”, en BATTINI, S./D’AURIA, G./DELLA CANANEA, G./FRANCHINI, C./MASSERA, A./MATTARELLA, B.G./NAPOLITANO, G./SANDULLI, A./TORCHIA, L./VESPERINI, G. (Eds.), *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffrè, Milano, pp. 2-22; CASSESE, S./CAROTTI, B./CASINI, L./MACCHIA, M./MACDONALD, E./SAVINO, M. (Eds.) (2008): *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, IIIJ, [<http://www.ijl.org/gal/documents/GALCasebook2008.pdf>]; S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, Giuffrè, 2003; y S. CASSESE, “Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation”, *New York University Journal of International Law and Politics* 37, 2005; DI FABIO, U. (1998): *Das Recht offener Staaten*, Mohr Siebeck, Tübingen; CAROTTI, B. (2007): “L’ICANN è la Governance di l’Internet”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, p. 681-721; CAROTTI, B. (2016): *Il sistema di governo di Internet*, Milano: Giuffrè.; y DE BELLIS, M. (2010): “Public Law and Private Regulators in the Global Legal Space” *The new Public Law in a Global (dis)order. A perspective from Italy*, Jean Monnet Working Paper 17/10.

<sup>279</sup> CASSESE (2005a: 668).

un “nuevo paradigma” del Derecho público, fundado básicamente en el procedimiento<sup>280</sup>. Este “nuevo paradigma” perseguiría un objetivo doble: por un lado, promover un Derecho administrativo “multidimensional” (o como se diría en la castellanización de este término, multinivel) y, por otro, situar en el centro de las funciones administrativas los derechos sociales y colectivos, y no sólo los individuales, con el objetivo de mantener un cierto control sobre el poder administrativo. Efectivamente, ambos son requisitos necesarios para garantizar el control de la actividad administrativa. Pues bien, esta nueva Administración no tendría tanto como finalidad perseguir el interés público como poder público (en los términos expresados por el autor, *Puissance publique* y *Herrschaft*), ni se limitaría a definir un equilibrio entre poderes y derechos, sino que perseguiría primordialmente no sacrificar los derechos sociales y colectivos, en lugar de proteger como prioridad absoluta la propiedad y el contrato. De ahí la centralidad del procedimiento en el nuevo paradigma del Derecho global: el balance entre interés público, derechos individuales y derechos sociales que ya hace el procedimiento administrativo estatal debe reproducirse en el Derecho administrativo global. Así, el *Due Process of Law* debe verse presente en todo el procedimiento y en todos los niveles normativos, incluido el Global. La pregunta entonces será de qué manera puede garantizarse el procedimiento frente al poder superior, que ya no es necesariamente el de las Administraciones públicas, sino el de una *Herrschaft* económica global, que a su vez ejercita potestades públicas, incluida la legislativa.

Los razonamientos del autor ponen sobre la mesa una de las cuestiones candentes del Derecho Administrativa Global: la posición de los derechos sociales. El análisis nos parece que debe compartirse: el poder económico de los reguladores (los ciudadanos corporativos) puede cercenar los derechos de los sujetos obligados, y debido a su naturaleza económica, los derechos sociales están en una singular posición de debilidad. Pero igualmente puede decirse que una de las ventajas del Derecho administrativo global es precisamente la flexibilidad que aporta al mercado, especialmente por la afinidad de sus normas con las necesidades de los operadores económicos globales. Al mismo tiempo, también potencia los derechos individuales, que no deben anular los derechos sociales, pero tampoco ser anulados. La construcción del Derecho global exige satisfacer ambos. Metodológicamente, la propuesta del autor pasa por introducir la protección de los derechos sociales mediante el procedimiento. Esto es razonable, pero implica asumir que debe alcanzarse la regulación de un procedimiento común para todos los ciudadanos corporativos. Como ya veremos a lo largo del trabajo, el Derecho global positivo es ilusorio hoy en día, y sólo nos lleva a propuestas *de lege ferenda* de poco recorrido realista, que en todo caso deberían adoptarse por tratado internacional, planteamiento que nos devuelve al poder del Estado, que es el que debe entrar en el acuerdo del

---

<sup>280</sup> CARDUCCI (2014:288).

tratado, sin que sea imaginable que no haya Estados que no se adhieran al procedimiento que establezca el acuerdo internacional. Tampoco es muy claro que pueda exigirse a los ciudadanos corporativos que sigan un procedimiento único, y aún más complicado es exigirles que sigan uno destinado a proteger los derechos sociales. Cuestión distinta es que se atribuya a los órganos del Estado (tanto a la Administración al aplicar las normas privadas supranacionales como a los órganos judiciales al revisar dichas decisiones) la competencia de control sobre las normas privadas supranacionales. Pues bien, esta es la propuesta del presente trabajo. Y es en la sede de aplicación interna en la que los órganos del Estado deben comprobar la compatibilidad de la norma privada supranacional con los derechos, tanto individuales como sociales, tal y como se contemplan en su propio ordenamiento. Sobre esto ya daremos algunas claves posteriormente.

En definitiva, la doctrina italiana ha aportado un importante punto de vista sobre el Derecho global: ha sido capaz de ver la importancia del fenómeno normativo supraestatal, o independiente del Estado, al tiempo que ha intentado sistematizarlo, y proyectar sobre él los derechos individuales y sociales. El trabajo realizado en Italia debe servir de referencia para la doctrina del Derecho administrativo global en España, por ser este modelo intermedio más cercano al español que el norteamericano o el alemán. Lo importante es reconocer la realidad jurídica que subyace al Derecho global, un nuevo orden normativo, que ya no es dependiente del concepto del Estado, más que un mero conjunto incoherente de normas. De ahí que el sometimiento a control de las normas privadas supranacionales pase siempre por el control estatal, pero no por el total sometimiento dogmático a las estructuras jurídicas estatales. Los valiosísimos trabajos que desarrollan la materia en España, aspiran ahora a construir dogmáticamente el Derecho administrativo global, tarea a la que este trabajo aspira a contribuir. En cualquier caso, lo cierto es que albergamos dudas de la naturaleza del Derecho administrativo global como categoría sistemática. Esta posición le corresponde más bien al Derecho global en general, que sí que tiene, en nuestra opinión tres características esenciales y definitorias: la supranacionalidad, la hibridación y la eficacia recepticia de sus normas. Otras características habituales del Derecho global, como el carácter económico, son puramente adjetivas, que como mucho pueden servir para formar tipos de Derecho global, pero ni mucho menos se verifican necesariamente. El Derecho administrativo global sería, así, una rama del Derecho administrativo y Global a la vez, un tipo del Derecho global, caracterizado porque su contenido material se solapa con el Derecho público interno. Pero no innova el propio concepto de Derecho global, que precisamente gracias a la hibridación, puede coincidir en su ámbito material con prácticamente todas las ramas del Derecho del Estado. E igualmente puede decirse que la expresión “Derecho Público Global”, a la que recurrimos a menudo, es en cierto sentido contradictoria, porque todo Derecho global es por esencia híbrido, no público. No obstante,

entiéndase el empleo de esta expresión como una forma de aclarar la relación que une al Derecho global con el Derecho estatal, tanto en un sentido formal (el ejercicio de potestades públicas) como material (el contenido de interés público de la materia regulada)<sup>281</sup>.

## 5. Semblanza brevísima del estudio de Sectores.

### 5.1. El sector financiero y bancario.

Por último, proponemos un breve estudio de los sectores que se ven afectados por el Derecho administrativo global, o mejor dicho, que son regulados por éste. Estos sectores, siempre diversísimos, coinciden en abordar ámbitos materiales propios del Derecho administrativo típicamente estatal, y de ahí que incardinemos su estudio en el contexto del Derecho administrativo global. Hagamos un análisis aproximativo de éstos sectores.

---

<sup>281</sup> Sobre la cuestión del Derecho administrativo global en España, hasta ahora, vid. ALLI ARANGUREN, J. C. (2004): *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004; MIR PUIGPELAT, O. (2004): *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid; GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (2004): “Globalización económica, administraciones públicas y Derecho administrativo: presupuestos de una relación”, *RAP* 164, y el mismo artículo ya citado de BALLBÉ, M. (2007): “El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *RAP* 174; MORCILLO MORENO, J./DE LA SIERRA MORÓN, S. (2011): “From national Administrative Law to globalisation: economic crisis, governance and regulated self-regulation: Spain”, *European review of public law* 23, pp. 381-407; PONCE SOLÉ, J. (Coord.) (2010): *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires; MORENO MOLINA, J.A. (2011): *Derecho global de la contratación pública*, Ubijus, Asociación Internacional de Derecho administrativo y Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas, México; MEILÁN GIL, J. L. (2013): *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Editorial Derecho global. Global Law Press, Sevilla; RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2010): “El Derecho administrativo global: un derecho principal”, *Revista Andaluza de Administración Pública* 76; MEILÁN GIL, J. L. (2010), “Global Administrative Law and Human Rights”, *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, Cameron May: Londres; BALLBÉ, M. y MARTÍNEZ, R., “Law and Globalization: Between the United States and Europe”; en ROBALINO ORELLANA, J./RODRIGUEZ-ARANA, J. (Eds.) (2010): *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, Cameron May: Londres; PONCE SOLÉ, J. (2010): “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”, PONCE SOLÉ, J. (Coord.), *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires; RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Derecho administrativo global y Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública” en <http://www.acaderc.org.ar/derecho-administrativo-global.pdf>; BOCANEGRA SIERRA, R./GARCÍA LUENGO, J. (2008): “Los actos administrativos transnacionales”, *RAP* 117, pp. 9-29; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. (2008): *El "soft law" administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Madrid: Civitas; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. (2006): “La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*”, *Cuadernos de Derecho Público*, n° 28, pp. 221-266; HERNÁNDEZ G., J.I. (2016): “Interdicción a la arbitrariedad desde el Derecho administrativo global”, *REDA*, 181, pp. 319-343; URREA SALAZAR, M. (2017): “Global Law: Metodología o Nuevo Derecho”, *Revista Aranzadi de Unión Europea*, n. 5-2017.

En primer lugar, sin duda el sector más estudiado por la doctrina ha sido el Derecho global de los mercados financieros<sup>282</sup>. En la práctica, la regulación financiera consiste en una serie de reguladores globales, entre los cuales destaca el Comité de Basilea en el ámbito de la regulación bancaria, y sus organizaciones hermanas la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IAIS) y la Federación Internacional Contable (IFAC). La IFAC, a su vez, adopta sus normas (o estándares internacionales, como los llama) mediante unos comités de interés público, que se encuentran a su vez bajo el control de otro ciudadano corporativo, el *Public Interest Oversight Board (PIOB)*<sup>283</sup>. Esta organización, constituida en Madrid, tiene como función controlar el desarrollo de la arquitectura global de los estándares internacionales, en las áreas de la auditoría, los seguros y los mínimos éticos, fundándose en una estructura triádica, que incluye los citados comités del IFAC, el control independiente del propio PIOB y la rendición de cuentas frente a un grupo de autoridades públicas, el *Monitoring Group*. El objetivo es lograr mejores estándares internacionales y más responsables para con el interés público, permitiendo el equilibrio entre los intereses profesionales de los agentes privados y el interés público<sup>284</sup>. En otras palabras, este es el modelo a seguir en el Derecho administrativo global, sin que excluya el control de la responsabilidad por la aplicación de estas normas en el ordenamiento jurídico.

Al sector financiero vamos a dedicarle un largo análisis más adelante, cuando estudiemos las normas del Comité de Basilea, así como su naturaleza como ciudadano corporativo. De la misma forma, son clásicos ya los estudios en materia de comercio internacional, especialmente centrados en la

---

<sup>282</sup> Sobre el sector financiero, vid. DARNACULLETA GARDELLA, M.M./SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. (2010): “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera”, *RAP* 183, pp. 139-177; DARNACULLETA GARDELLA, M.M., “Los instrumentos de regulación bancaria en el sistema de fuentes del Derecho”, en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. (Dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Aranzadi, Pamplona; VON BOGDANDY, A./DANN, P./GOLDMANN, M. (2010): “El Derecho Público Internacional como Derecho Público: Prolegómeno de un Derecho de los mercados financieros”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, AEPDIRI, Iustel, Universidad de la Rioja, Madrid; DARNACULLETA GARDELLA, M.M./LEÑERO BOHÓRQUEZ, R., “Crisis financiera y crisis democrática: la regulación financiera internacional mediante redes de supervisores”, en PERDICES HUETOS, A.B./JUAN ANDRÉS RECALDE CASTELLS, J.A./TIRADO, I (Coords.), *Crisis y Reforma del Derecho Financiero*, Thomson-Reuters; VAN AAKEN A. (2007): “Transnationales Kooperationsrecht Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung globalisierter Finanzmärkte”; OHLER, C. (2007): “Internationale Regulierung im Bereich der Finanzmarktaufsicht”, en MÖLLERS, C./VOSSKUHLÉ, A./WALTER, C (Eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007; BACKER, L.C. (2011): “Private Actors and Public Governance Beyond the State: The Multinational Corporation, the Financial Stability Board and the Global Governance Order”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 18; LEÑERO BOHÓRQUEZ, R., “El comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa bancaria. Implicaciones para el Derecho público”, en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. (Dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Aranzadi, Pamplona.

<sup>283</sup> CHITI, E. (2010): “Organización europea y organización global: elementos para una comparación”, en PONCE SOLÉ, J. (coord.) (2010): *Derecho administrativo global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP- Marcial Pons, Madrid, p. 67. En la misma línea sobre la cooperación inciden muchísimos: v.gr. RAUSTIALA, K. (2002): “The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental networks and the Future of International Law”, *Virginia Journal of International Law* 43,

<sup>284</sup> <http://www.ipiob.org/index.php/what-is-the-piob>

Organización Mundial del Comercio, a su vez fenómeno central del Derecho administrativo global<sup>285</sup>.

## 5.2. El medioambiente.

El segundo gran sector en el que proliferan los ciudadanos corporativos y las normas privadas supranacionales es el del medioambiente. Efectivamente, las normas sobre protección del medio natural son múltiples, especialmente a nivel internacional<sup>286</sup>. La regla general es que los gobiernos estatales mantengan relación con las entidades internacionales que tienen como fin la protección del medioambiente, siempre desde la perspectiva de la cooperación internacional. Algunas de estas organizaciones son la OSPAR, la Convención sobre la Protección del Medioambiente Marino en el Atlántico Nor-este, o el Convenio de Aarhus, ya incorporada mediante Directivas al ordenamiento europeo. Pueden citarse igualmente el Protocolo de Kyoto y su sucesor, el Acuerdo de París 2016, como normas privadas supranacionales, que si bien se dirigen a los Estados firmantes, creemos que también pueden ser recibidas por sujetos privados como normas aplicables a sí mismos, y en este sentido ejecutadas y sometidas a la teoría general del ciudadano corporativo.

Pero la incisión de las normas privadas supranacionales en el Derecho ambiental es aún mayor. Abordarlas, insistimos, queda fuera de nuestro alcance en el presente trabajo. Esta es una tarea que dejamos pendiente para una obra posterior. Sin embargo, sí que nos gustaría poner un ejemplo concreto de normas privadas de ámbito material ambiental, para comprobar qué clase de problemática generarían.

En materia de protección ambiental, los Convenios Internacionales son sólo la cumbre del fenómeno. En niveles inferiores, la proliferación de normas, públicas y privadas, es inmensa. Nosotros vamos a detenernos en los ejemplos de la legislación europea, que a su vez se entrelazan con normas supranacionales. Veamos.

---

<sup>285</sup> Sobre la OMC, vid. JACKSON, J.H. (1990): *Restructuring the GATT System*, Council on Foreign Relations Press; W. DAVEY (1991): “The WTO/GATT World Trading System: An Overview”, en PESCATORE, P./DAVEY, W./LOWENFELD, A. (Eds.) *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement*, Kluwer law international; GÖTTSCHE, G.J. (2005): *Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO-Rechtsmittelinstanz*, Duncker & Humblot, Berlin.

<sup>286</sup> Sobre esto vid. DANN (2011:1377). Sobre el medioambiente en general vid. DURNER, W. (2007): “Internationales Umweltverwaltungsrecht”; y ROSSI, M. (2007): “Europäisiertes internationales Umweltverwaltungsrecht”, en MÖLLERS, C./VOSSKUHL, A./WALTER, C. (Eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen; SANZ LARRUGA, J. (2012): “El Derecho ambiental y sus relaciones con el Derecho administrativo global” *Publicaciones del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas*, Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, Coruña, pp. 203-220; Sobre la Convención de Aarhus, vid. VON DANWITZ, T. (2004): “Aarhus-Konvention. Umweltinformation, Öffentlichkeitsbeteiligung, Zugang zu den Gerichten (Aarhus Convention. Environmental Information, Public Participation, Access to Justice)”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n. 23 (NZW), p. 3. En España, una visión general del tema puede encontrarse en LÓPEZ ÁLVAREZ, L.F. (2014): “La normalización, la certificación y las marcas de conformidad para la gestión ecológica de las empresas” en LOZANO CUTANDA (dir.) (2014): *Tratado de Derecho Ambiental*, Madrid: CEF, págs. 643-698.



Como es bien sabido, el Derecho europeo se abre a las normas privadas supranacionales fundamentalmente por una sentencia, de múltiples consecuencias, la celeberrima *Cassis de Dijon*, Asunto C-120/78. Rec, 1979, que en lo que a nosotros respecta, al instaurar el reconocimiento mutuo, fomenta también el recurso a normas supranacionales (de contenido material técnico generalmente) de manera que se reduzcan las diferencias entre las legislaciones nacionales. Es decir, que no sólo se precipita una carrera de “competencia” entre las respectivas legislaciones estatales sino que, lo que es más, se recurre directamente a normas que no nacen dentro del propio Estado, sino que aparecen en un plano supranacional.

Pues bien, como consecuencia de esta doctrina fundamental, la legislación europea ha tendido en muchas materias a remitirse a normas privadas supranacionales. Este fenómeno no puede sorprendernos, y menos aún en el ámbito del Derecho ambiental, en el que las regulaciones son tan complejas y exhaustivas. De entre los diferentes ámbitos regulados por el Derecho ambiental, uno de los más complejos y debatidos ha sido, sin duda, el de la gestión y certificación ambiental. A nivel global, existen una serie de normas en esta materia, elaboradas por la organización ISO (que, como ya sabemos, es un ciudadano corporativo que tiene como fin exclusivo la elaboración de normas privadas supranacionales). Estas normas son conocidas globalmente como la norma ISO 14.000, elaborada por un Comité Técnico interno de la propia ISO, identificado con el número 207, y que a su vez comprendería varias normas, la más importante de las cuales sería ISO 14.001, sobre Sistemas de Gestión Medioambiental: Guías y principios generales, Sistemas y técnicas de soporte. Los sujetos obligados que desean cumplir con la norma y que les resulte aplicable deben obtener un certificado de la propia organización ISO.

Pues bien, esta norma, que ha sido adoptada a menudo por sujetos de Derecho constituidos en España, convive con varias normas de Derecho blando europeo, tanto en el ámbito de la responsabilidad social corporativa (por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea sobre la Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, de 25 de octubre de 2011 (COM(2011) 681 final) y especialmente con un sistema de gestión y auditoría medioambiental *voluntario* propio, el EMAS III, establecido por el Reglamento (CE) n.º 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión (en España, hay que tener también en cuenta el Real Decreto 239/2013, de 5 de abril, por el que se establecen las normas para la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la

participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión.

Lo que nos impacta de esta segunda norma es su ámbito de aplicación, pues en su artículo 1 nos dice el Reglamento que “*se establece un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales, denominado en lo sucesivo «EMAS», que permite la participación con carácter voluntario de organizaciones de **dentro y fuera de la Comunidad***” (principio luego confirmado en el artículo 2.21 del Reglamento). Es decir que, al margen de su génesis europea, el sistema es voluntario y adoptable por cualquier sujeto del mercado global. Este punto crucial sitúa, a nuestro entender, a la Unión Europea como un ciudadano corporativo más, a los efectos de la institución de esta norma concreta al menos.

Se diría que ya sólo por la comprobación de esta singularidad ha merecido la pena traer el ejemplo al caso. Pero hay más. El sistema de ecogestión y ecoauditoría del Reglamento permite también la adhesión de cualquier institución jurídico-pública (podría discutirse, eso sí, si ciertas Administraciones tienen naturaleza jurídica propia para poder adherirse). Lo importante, en nuestra opinión, es más bien que el sistema EMAS III y el sistema ISO 14.000 conviven. Las vicisitudes de esa convivencia nos presentan preguntas interesantes. En primer lugar, si ambas son normas privadas supranacionales, una pregunta necesaria que debe plantearse doctrinalmente es si EMAS III, por estar instituida por un Reglamento de una entidad jurídico-pública, y más aún por peso global que ésta, la Unión Europea, ostenta, debería preceder de alguna forma a la normativa ISO correspondiente.

Nuestra respuesta a esta pregunta es negativa, pero con serios matices. Con carácter general, siendo ambas normas privadas supranacionales, creemos que ambas deben someterse al mismo procedimiento de legitimación. Es decir que, confrontado el Juez nacional con la aplicación de una de estas normas, éstas deben ser sometidas al procedimiento de legitimación propuesto en esta obra. Ahora bien, cuando una norma privada supranacional ha sido emitida por un ciudadano corporativo que es un sujeto jurídico-público (pues, como hemos visto en este caso, esto es perfectamente posible) es probable que aparezcan en la propia norma elementos de política legislativa que deban ser imperativos. Por supuesto, este argumento tiene una fácil contestación, al menos aparente: si la norma en sí es voluntaria, no es posible que contenga elementos imperativos. Estamos de acuerdo con esta conclusión, pero con un matiz crucial: la norma ha sido aprobada por un Reglamento que sí es obligatorio en sus términos (aunque en realidad contiene una reglamentación disponible).

Lo que esto significa no es que el Reglamento deba ser obligatorio en alguno de sus términos o en todos ellos para todos los operadores (obviamente, porque esto sería contrario al propio objetivo del Reglamento) sino que, de estar una organización certificada por ambas normas, y por lo tanto estando vinculada por ambas, habrá que tener en cuenta al resolver el conflicto normativo que una de las normas, en este caso la EMAS III, puede estar expresando algunos principios de política legislativa que, aunque no sean obligatorios *a priori*, sí lo son una vez que la norma es recibida por el sujeto. Es decir, que si bien la norma no es obligatoria en su contenido, la norma privada sí que está contenida en una norma jurídico-pública emanada de la Unión, y cuando la norma voluntaria es recibida por el sujeto, el Reglamento al completo resulta eficaz respecto de ese sujeto. De esta forma, es posible que, aunque parezca paradójico, una norma no obligatoria incorporada en una norma jurídico-pública, cuando es recibida, tenga los efectos plenos de la propia norma pública tradicional. Esto es importante al resolver el conflicto, porque ciertamente el sistema EMAS III incorpora mayores garantías que la correspondiente norma ISO 14.000 (es, a cambio, más inflexible). El propio Reglamento EMAS III contempla en su Anexo II los requisitos que un sujeto acreditado por la norma ISO 14.000 debería cumplir para poder incorporarse al régimen del Reglamento. Pero aún así, el conflicto es posible, y lo que es más, son esos requisitos, fundamentalmente el registro de la sociedad en el régimen del Reglamento por parte de la autoridad pública (en el caso de España, el MAGRAMA, ex artículo 2 del Real Decreto 239/2013).

Pues bien, sobre estas reflexiones hemos pretendido introducir dos variables: la regulación medioambiental por normas privadas supranacionales, el conflicto entre dos de estas normas, y lo que es más, la vinculación jurídico-pública de algunas de estas normas. Como puede verse una vez más, la realidad *tópica* de las normas supranacionales es variada y casi inagotable. Valga este esfuerzo para *sistematizarla*.

### 5.3. Otros sectores.

Una vez mencionados los dos sectores que consideramos fundamentales, mencionaremos otros. El sector agroalimentario y los organismos genéticamente modificados han sido profusamente estudiados en el Derecho español por MIR PUIGPELAT<sup>287</sup>. La cooperación internacional es otro de los grandes temas de debate del Derecho administrativo global, incluido en lo que afecta a la

---

<sup>287</sup> Sobre el sector agroalimentario, y específicamente sobre una de sus normas más sobresalientes, la norma ISO 22000, vid. ESCANCIANO GARCÍA-MIRANDA, C. y SANTOS VIJANDE, M.L. (2015): “Gestión de la seguridad alimentaria en la empresa española: implicaciones de la adopción de la ISO 22000”, *Economía industrial*, n° 398 (Ejemplar dedicado a: Análisis económico del derecho), págs. 167-178. Sobre los organismos genéticamente modificados vid. MIR PUIGPELAT, O. (2015): “¿Autorregulación y organismos modificados genéticamente? El sector biotecnológico como contramodelo” en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I. (2015): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons.

inmigración y el tratamiento de los refugiados<sup>288</sup>. Mención especial merece también el sector de la regulación de la ciencia, tan estrechamente ligado al Derecho administrativo global a través de las normas técnicas, que abordan temas difícilmente accesibles al legislador ordinario<sup>289</sup>. Por otro lado, otros sectores, como las comunicaciones, la energía y o incluso el tráfico aéreo han merecido un trato específico<sup>290</sup>. Otro de los ámbitos donde el Derecho administrativo global cobra protagonismo es en la regulación del deporte, sobre todo en lo referente a la regulación de los propios deportes y sus federaciones y las reglas antidoping, asunto este merecedor de un estudio específico que no podemos desarrollar aquí<sup>291</sup>.

Si hay un fenómeno singular en el Derecho contemporáneo, es que se enfrenta a un conjunto de desafíos insospechados, la mayoría de ellos procedentes de la tecnología. Si bien la atención se ha centrado -con razón- en las innovaciones procedentes del desarrollo digital, en el presente trabajo queremos llamar la atención sobre otro importante sector, que aspira a convertirse en protagonista de entre los sectores especiales en el Derecho global: la minería espacial.

Aunque el tema pueda parecer pretencioso, su proyección en el plano jurídico es creciente. En primer lugar, en cuanto a su actualidad técnica, hace tiempo que la minería espacial dejó de ser una utopía científica, para ser sencillamente un reto de la técnica. Los proyectos para extraer mineral de cuerpos celestes ya están en marcha en importantes empresas privadas, y es cuestión de tiempo que comiencen a llegar los primeros productos de esta novedosa actividad industrial a la Tierra para su consumo humano en el mercado<sup>292</sup>.

El aspecto jurídico del tema está jalonado por una serie de normas a distintos niveles que no completan una regulación coherente, y de ahí gran parte de los problemas. Para delinear en forma esquemática esta problemática, que luego desarrollaremos, creemos que el modelo adecuado

---

<sup>288</sup> Sobre la inmigración y los refugiados, vid. BAST, J. (2007): “Internationalisierung und De-Internationalisierung der Migrationsverwaltung”, en MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C. (Eds), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007;

<sup>289</sup> Sobre el sector de la ciencia, vid. RUFFERT, M./STEINECKE, S. (2011): *The Global Administrative Law of Science*, Springer, Heidelberg; EMBID TELLO, A. E. (2015): “Retos de la relación Ciencia-Derecho: la procedimentalización de la evaluación de riesgos en la Unión Europea”, en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I. (2015): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons.

<sup>290</sup> Sobre los sectores diversos del Derecho administrativo global en materias de energía y comunicaciones, vid. los diversos trabajos publicados en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I. (2015): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons.

<sup>291</sup> Sobre el Derecho global del deporte, vid. VAN VARENBERGH, A. (2005): “Regulatory Features and Administrative Law Dimensions of the Olympic Movement’s Anti-Doping Regime”, *IIJ Working Paper*, 2005/11, y ALLISON, L. (coord). (2005): *The Global Politics of Sport. The role of Global Institutions in Sport*, Routledge: Londres.

<sup>292</sup> Sobre esto vid. FAJARDO BERRUGA, P. (2016): “Minería espacial”, *Tierra y Tecnología*, 14 de noviembre de 2016, disponible en <http://dx.doi.org/10.21028/pfb.2016.11.14>.

consistiría en distinguir tres niveles regulatorios: el Internacional, el Transnacional y el Global. El nivel Internacional, posiblemente el más y mejor conocido, nace con la Resolución de Naciones Unidas 1721 (XVI), de 20 de diciembre de 1961, y se consolida en el Tratado General sobre el Espacio, de 27 de enero de 1967, y también en el posterior Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes, de 18 de diciembre de 1979 (no ratificado por España), además de algunos otros Tratados Internacionales intermedios, y cuyo eje central es la condición de estos recursos como patrimonio común de la Humanidad y el uso pacífico de la libertad de actividades en el espacio. Sin embargo y a diferencia de lo que sucede con los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo en virtud de la Resolución de Naciones Unidas 2749 (XXV), de 17 de diciembre de 1970, no queda completamente aclarado si esta prohibición de atribución del patrimonio espacial a un Estado soberano en particular (artículo II del Tratado del Espacio) se extiende también a las personas físicas o jurídicas, cuestión clave como luego veremos. Sí que extiende la prohibición de apropiación a las personas jurídicas y naturales hace el artículo 11.3 del Tratado de la Luna de 1979, que además impone obligaciones en materias como la protección del Medio Ambiente (artículo 7), pero como es bien sabido no ha sido ratificado, no sólo por España, sino tampoco por las grandes potencias de la carrera espacial, y singularmente Estados Unidos.

El segundo nivel es, efectivamente, el Transnacional. Aquí la norma jurídica más importante es una famosa y reciente Ley norteamericana, el *U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act* de 2015, conocido popularmente como la “Ley del Espacio” y cuyo Título IV regula precisamente la exploración y uso comercial de los recursos espaciales. A esta norma le siguen ciertos instrumentos jurídicos adoptados con el mismo fin en Luxemburgo<sup>293</sup>. La transnacionalidad de esta norma -que aún no ha tenido ocasión de ser aplicada- se debe precisamente a los efectos que es capaz de desplegar fuera de las fronteras de los Estados Unidos de América. En otras palabras, cuando la norma comience a aplicarse se cumplirá el requisito fundamental de la transnacionalidad jurídico-pública: la eficacia extraterritorial de una norma estatal. Esto sucederá, naturalmente, cuando un ciudadano norteamericano, persona física o jurídica, comercialice el producto de su actividad en el espacio en el territorio de diferentes Estados, aunque la obtención del material mismo traiga causa de la aplicación de la norma norteamericana.

Y por último, el tercer nivel de análisis es el Global. Somos conscientes de la habitual confusión que se produce entre Internacional y Global en la doctrina que aborda esta clase de normas, aunque nosotros vemos una clara diferencia. El Derecho Transnacional sería el fenómeno de la aplicación extraterritorial de las normas estatales (fundamentalmente, jurídico-públicas, aunque su

---

<sup>293</sup> Disponibles en la siguiente dirección web: <http://www.spaceresources.public.lu/en.html#>.

contenido a estos efectos no resulta relevante, pudiendo ser también jurídico-privado) en tanto que el Derecho global lo encontraremos en las normas supranacionales en las que se produce una hibridación entre elementos jurídico-públicos y jurídico-privados (típicamente, el autor de la norma es una entidad privada, por ejemplo). Pues bien, entendemos que en el caso de estudio la hibridación existirá. En primer lugar, la intervención de compañías privadas aportará sin duda un elemento de ejercicio del poder por parte de éstas, sobre todo ante la amplitud de los términos de la norma norteamericana, que luego veremos. La ausencia a priori de una técnica autorizatoria o concesional deja gran parte del poder de desarrollo de la actividad en manos de los sujetos privados que la lleven a cabo, y este es un elemento diferencial incuestionable del Derecho global. Por otra parte, no puede descartarse que en el futuro existan normas jurídico-privadas de carácter supranacional que regulen la extracción del mineral de los cuerpos celestes, por ejemplo, normas ISO<sup>294</sup>.

En definitiva, el Derecho de la minería espacial, aunque parezca una materia anodina, es en nuestra opinión un problema de gran futuro. Asumida la extraordinaria importancia industrial que puede llegar a alcanzar este sector cuando se desarrolle la tecnología adecuada, lo que sugerimos ahora es una reflexión sobre su regulación jurídica y una propuesta *de lege ferenda* para el legislador europeo, que permita que las empresas locales puedan invertir seriamente en el desarrollo de esta tecnología de cara a su futura explotación.

Hemos citado diversas normas, pero lo que queda pendiente es un análisis de su contenido y de los problemas jurídicos que generan. Aunque en la exposición anterior hemos dividido la problemática en tres grandes bloques, por descontado éstos no aparecen en la realidad jurídica desconectados sino íntimamente entrelazados, y a veces confusamente mezclados.

En primer lugar, hemos hecho una sucinta referencia al estado de la cuestión en los Tratados Internacionales vigentes. Ampliémosla. Efectivamente, el citado Tratado General sobre el Espacio, de 27 de enero de 1967 protege la Luna y los demás cuerpos celestes como patrimonio común de la Humanidad, pero sin mencionar su exploración y uso por parte de sujetos jurídico privados pertenecientes a los Estados firmantes. Por si hubiese dudas, su artículo XIII nos aclara que “*Las disposiciones del presente Tratado se aplicarán a las actividades de exploración y utilización de espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, que realicen los Estados Partes en el Tratado, tanto en el caso de que esas*

---

<sup>294</sup> De hecho, ya existen hasta 295 normas ISO que afectan a la regulación de las actividades humanas sobre el Espacio Exterior de diverso modo, algunas de ellas regulando determinados patrones de control medioambiental. Para una relación de estas normas vid. <https://www.iso.org/ics/49.140/x/>.

*actividades las lleve a cabo un Estado Parte en el Tratado por sí solo o junto con otros Estados, incluso cuando se efectúen dentro del marco de organizaciones intergubernamentales internacionales”.*

A nuestro modo de ver, es esta ambigüedad la que permite que la norma norteamericana, al regular la materia, reconozca los derechos de las personas físicas o jurídicas de nacionalidad norteamericana sobre los recursos minerales espaciales que ellos mismos sean capaces de extraer, al tiempo que reconoce en virtud de esta norma los Estados Unidos de América no afirman su soberanía ni sus potestades jurisdiccionales ni la propiedad de ningún cuerpo celeste (sección 403, *Disclaimer of extraterritorial sovereignty*). Lógicamente, este *disclaimer* trae causa del respeto debido a las obligaciones internacionales asumidas por Estados Unidos, que no alcanzan al Tratado de la Luna de 1979, lógicamente, porque no es un Estado Parte (como tampoco lo es España, ni por cierto, Luxemburgo).

De aquí surge el primer problema normativo de entidad, y es qué sucederá con la eficacia extraterritorial de la norma en los países que sí son parte del Tratado de la Luna. Como dijimos más arriba, las obligaciones impuestas por este segundo Tratado son mucho más gravosas que las que impone el Tratado del Espacio de 1967. En particular, el artículo 11.3 de este Tratado de la Luna de 1979 es extraordinariamente contundente, afirmando que ni al superficie ni el subsuelo de la Luna, ni ningún recurso natural presente en su superficie, podrán ser apropiados ni por ningún Estado ni Organización Internacional, pero tampoco por ninguna entidad no-gubernamental o persona física<sup>295</sup>. Lo que es más, el apartado 11.5 de la misma norma prevé, precisamente, un régimen de apropiación de los recursos de la Luna mediante la adopción de un Tratado Internacional. Ahora bien, el bajísimo número de Estados que han ratificado este Tratado, así como la ausencia de potencias en materia aeroespacial entre aquéllos, convierte al Tratado en un instrumento “fallido” de las Naciones Unidas para ampliar el régimen de protección del Espacio Exterior, de manera que tanto la pretendida expansión de sus efectos a todos los cuerpos celestes (ya rige para los Estados que lo han firmado para todos los cuerpos celestes del Sistema Solar a salvo regímenes jurídicos particulares, en virtud de su artículo 1.1) como la elaboración de un Tratado Internacional sobre explotación de los recursos naturales de aquéllos resultan a día de hoy opciones ilusorias y remotas. Vista esta situación, nosotros preferimos proponer alternativas jurídicas, y no tanto insistir en la

---

<sup>295</sup> Por su interés, reproducimos el precepto: “*Neither the surface nor the subsurface of the moon, nor any part thereof or natural resources in place, shall become property of any State, international intergovernmental or non-governmental organization, national organization or non-governmental entity or of any natural person. The placement of personnel, space vehicles, equipment, facilities, stations and installations on or below the surface of the moon, including structures connected with its surface or subsurface, shall not create a right of ownership over the surface or the subsurface of the moon or any areas thereof. The foregoing provisions are without prejudice to the international regime referred to in paragraph 5 of this article*”.

conclusión de un Tratado Internacional que los principales actores de la industria han rechazado *de facto* en las últimas décadas.

Sí que tenemos que pronunciarnos, sin embargo, sobre este caso concreto. La adhesión al Tratado de la Luna de 1979 excluye, a nuestro entender, el reconocimiento de la propiedad de los minerales extraídos por empresas privadas en los países adheridos, lo cual amenaza con convertirse en un impedimento serio, no para las empresas mineras y comercializadoras, sino para los Estados firmantes. Vemos así como se produce la situación, nada sencilla, de que una norma jurídico-pública estatal puede imponer su eficacia aplicativa sobre un Tratado Internacional promovido por Naciones Unidas, lo cual por sí sólo es ya una conclusión más que llamativa. Pero peor aún nos parece la divergencia de criterios que introduce la norma norteamericana respecto de las pretensiones del Tratado, reconociendo plenos derechos de propiedad a las empresas mineras -sin parangón en otros sectores estratégicos en el Derecho Internacional- e ignorando otras exigencias, como las medioambientales, que sin embargo sí que están presentes en la legislación minera norteamericana. Veamos esto.

La norma norteamericana afirma lo siguiente. En su sección 51303, titulada “*Asteroid resource and space resource rights*” reconoce al ciudadano norteamericano persona jurídica o física derecho de posesión, propiedad, transporte, uso y venta sobre cualquier recurso que haya podido extraer de un asteroide o cuerpo espacial por sus propios medios<sup>296</sup>. Naturalmente, la amplitud de este precepto tiene una clara función económica: la norma está diseñada para incentivar la investigación espacial, premiando la inversión y tratando de rentabilizarla ampliamente poniendo en manos de las empresas extractoras todos los recursos que sean capaces de obtener con la tecnología que ellas mismas desarrollen, y facilitando al máximo su comercialización.

Esta norma exhibe un carácter liberal tan amplio que resultará difícil para otras legislaciones competir contra ella. Efectivamente, una de las características esenciales del Derecho Transnacional es que habitualmente genera una situación de competencia entre normas jurídico-públicas, fenómeno bien conocido en el contexto del Mercado Único de la Unión Europea. Esta situación se reproduce similarmente en el Derecho global, con la diferencia de que en éste las normas en competencia, aunque regulen materias jurídico-públicas, son emanadas por sujetos privados. En la medida en que cualquier persona jurídica con interés en desarrollar tecnología minera espacial

---

<sup>296</sup> Literalmente, “*A United States citizen engaged in commercial recovery of an asteroid resource or a space resource under this chapter shall be entitled to any asteroid resource or space resource obtained, including to possess, own, transport, use, and sell the asteroid resource or space resource obtained in accordance with applicable law, including the international obligations of the United States*”.



puede constituirse en los Estados Unidos y beneficiarse de la legislación favorable de la Ley del Espacio, o bien los productos de éstas podrán comercializarse, en principio, en todo el mundo. Esta situación tiene difícil respuesta en el plano económico: es complicado que una regulación más estricta, fundada en una protección de mínimos de los recursos naturales de los cuerpos celestes y que imponga exigencias a la explotación de la minería espacial, como la protección del medio ambiente, pueda prosperar si todas las empresas se refugian en la legislación norteamericana, presumiblemente más permisiva y capaz de garantizar menos costes. El ejemplo obvio es, por supuesto, el Tratado de la Luna de 1979, que podría servir como referencia de estas legislaciones, pero que efectivamente tiene el óbice de ser un Tratado fracasado en la práctica.

El problema, sin embargo, de la legislación norteamericana, es que supone una excepción sorprendente en el contexto de la explotación de recursos naturales. Puede existir la tentación de creer, sobre todo en ámbitos no jurídicos, que la legislación norteamericana ha traído al Derecho Espacial el modelo de apropiación de los recursos naturales del Derecho del Mar, pero por supuesto esto es eminentemente incorrecto. Es cierto que el Derecho del Mar ha sido el modelo del Derecho Espacial Internacional, que era el único existente hasta tiempos recientes. Pero la concepción de los recursos marinos como *res nullius* es una concepción propia del Derecho histórico, no del actual. El Derecho moderno ha querido proteger los recursos marinos y lo ha hecho muy estrictamente, ya desde la Resolución de Naciones Unidas 2749 (XXV), de 17 de diciembre de 1970, y posteriormente en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en la que el control de la obtención de recursos en la Zona Internacional de los Fondos Marinos queda en manos de la Autoridad Internacional que se constituyó al efecto.

Por otra parte, no sólo la apropiación privada de los recursos de los cuerpos celestes es un régimen un tanto insólito en el contexto de los bienes declarados patrimonio común de la Humanidad, sino que es también sorprendente a la vista del propio Derecho de Minas de los propios Estados Unidos de América. Así, la legislación federal norteamericana en la materia sí que contempla, por ejemplo, obligaciones medioambientales muy serias para el desarrollo de estas actividades, a través de una serie de Leyes o *Acts of Congress*: *Surface Mining Control and Reclamation Act (SMCRA)*, *General Mining Act of 1872*, *Mineral Leasing Act of 1920*, *National Environmental Policy Act (NEPA)*, *Clean Water Act (CWA)*, *Resource Conservation and Recovery Act (RCRA)* por citar las más importantes. La aplicabilidad de tales normas a la minería espacial dentro del propio ordenamiento jurídico norteamericano no nos compete aquí, aunque es inevitable poner de relieve la -al menos aparente- falta de equivalencia entre las cargas de una empresa minera con actividad sobre el territorio norteamericano y las de aquéllas que se lancen a una carrera espacial. Las obligaciones

medioambientales de la actividad minera norteamericana se extienden a la restauración del estado de la superficie explotada a los niveles anteriores a la explotación o superiores, así como del subsuelo necesario para el crecimiento de la vegetación, y emplear métodos extractivos que tengan el menor impacto en el entorno natural, según la tecnología disponible, minimizando los efectos de la actividad sobre la flora y fauna, además de ciertos requisitos específicos de cada tipo de explotación. Son, en definitiva, exigencias similares a las que podemos encontrar en la legislación europea o española (donde gran parte de estas obligaciones se garantizan a través de la Evaluación de Impacto Ambiental), y no se comprende del todo por qué la minería espacial debe estar completamente exenta, al margen de la dificultad tecnológica añadida de la restauración, que a nuestro modo de ver sería un argumento serio a favor de las empresas que aspiran a explotar los recursos espaciales, pero que en cualquier caso debe estar respaldado por alguna obligación de protección medioambiental de mínimos. En realidad, la única exigencia de este tipo que encontramos en la legislación norteamericana es una obligación de evaluar el riesgo de tráfico espacial, relativo a tecnologías como ciertos satélites, y cuyo objetivo es evitar la congestión de la órbita espacial -sección 109, *Orbital Traffic Management* (c) (5)-. Por supuesto, tampoco se contempla ninguna clase de régimen especial en función del mineral extraído, sus características ambientales, los riesgos de la modificación de ciertas magnitudes físicas que puedan alterar la trayectoria o la órbita de los cuerpos celestes en los que se intervenga, ni se tiene en cuenta la importancia industrial o económica del mineral extraído en la Tierra para regular diferentes regímenes de protección.

En cualquier caso, toda esta serie de “flecós”, por así decirlo, no deben sustraernos del justo reconocimiento de una legislación extraordinariamente valiente y avanzada, pionera en abordar el amparo jurídico de una industria en pleno desarrollo. El objetivo de una legislación de tales características debe ser el aseguramiento a largo plazo de las condiciones de actividad de las empresas participantes, para que éstas puedan adentrarse a invertir en una industria de enorme futuro con ciertas garantías. Al menos, le resulta exigible al legislador la garantía de la reducción al mínimo del riesgo normativo a lo largo de la duración de la inversión, ya de por sí riesgosa por otros motivos diversos. En este sentido, creemos que una regulación como la norteamericana, aunque aparentemente muy favorable a los inversores, deja de tener en cuenta otros muchos intereses (sociales y económicos, medioambientales, etc.) que no por ello quedarán relegados. Más bien lo que sucederá es que, cuando la industria avance y esos intereses surjan, proliferarán las normas proteccionistas, que entonces sí que afectaran negativamente al desarrollo de la inversión. En otras palabras, confiamos en una legislación liberalizadora de las actividades privadas en el Espacio Exterior para fomentar la inversión, y de ahí el acierto de la norma norteamericana, pero también creemos que introducir desde el principio ciertas condiciones de regulación garantizará una

normativa que se compadezca mejor con las obligaciones derivadas de los Tratados Internacionales y con el concepto de patrimonio común de la Humanidad, entroncando con los intereses no sólo privados, sino también públicos que puedan ser esgrimidos frente a esta industria. Asumiendo este carácter regulado desde el principio, además, se podrían evitar regulaciones sobrevenidas en el futuro que puedan alterar la rentabilidad de las inversiones, ganando así garantías en cuanto a la seguridad jurídica. Cumplidas estas obligaciones, no creemos que tenga sentido negar a los sujetos privados que extraigan los recursos la propiedad sobre éstos y todas las facultades de enajenación que la propiedad implica, a salvo siempre lo que dispongan normas específicas.

Así pues, la propuesta consiste, o bien en un Tratado Internacional (difícilmente viable, como demuestra el fracaso del Tratado de la Luna de 1979) o bien en una norma de Derecho europeo con efectos extraterritoriales, a la manera de la norma norteamericana. Podría tratarse, por supuesto, de una norma de Derecho español, pero el desarrollo de la industria se produce a nivel europeo y no nacional, luego entendemos que es a ese nivel europeo donde debe legislarse. Por lo tanto, queda clara la naturaleza de la norma jurídica que proponemos en el sistema de fuentes: Tratado Internacional o norma europea de eficacia transnacional.

En segundo lugar, lo más urgente es definir el régimen jurídico de los recursos minerales en el subsuelo de los cuerpos celestes. Como es bien sabido, en el Derecho histórico y comparado la apropiación de los recursos minerales es una cuestión polémica, conviviendo habitualmente diferentes sistemas en el mismo orden jurídico a lo largo de sus épocas de desarrollo, o bien según el mineral objeto de regulación. Caso obvio es, por ejemplo, el del Derecho romano. La más formidable relación de las sucesivas concepciones de la propiedad sobre el mineral y las minas en el Derecho europeo la ha realizado el Profesor VILLAR PALASÍ en un artículo cuya cita resulta inevitable<sup>297</sup>.

De esta obra concluimos que han convivido fundamentalmente tres regímenes jurídicos del dominio minero: el sistema fundiario, que reconoce el derecho del propietario sobre todo yacimiento minero que exista bajo su propiedad (vigente en el Derecho romano clásico para la piedra, pero no para los metales preciosos y las sales); el sistema regalístico o feudal, que concibe la minería como un derecho reservado del Rey (sistema vigente en el Derecho romano clásico para los

---

<sup>297</sup> VILLAR PALASÍ, J.L. (1950): "Naturaleza y Regulación de la concesión minera", *Revista de Administración Pública*, n. 1, págs. 79-116. También, como referencias en materia del Derecho minero en España, citaremos DE ARCENEGUI, I. (1976): "El nuevo Derecho de Minas", *Revista de administración pública*, nº 78, 1975, págs. 117-221; en el ámbito hispanoamericano son aportaciones valiosas FIGUEROA MÁRQUEZ, D. (2001): "Derecho Minero", *Revista Mexicana de Derecho*, n. 3, págs. 71-89 y VILDÓSOLA FUENZALIDA, J. (1999): *El Dominio Minero y el Sistema Concesional en América Latina y el Caribe*, Caracas: Editorial Latina.

metales preciosos y las sales y a partir del siglo IV con carácter general, y también en el Derecho Feudal); el sistema demanial, que concibe las minas como patrimonio público, sobre el que puede recaer una determinada concesión de explotación (consecuencia de la evolución de las propias regalías, sometidas a un régimen similar para su explotación) y que es por supuesto el sistema adoptado por el Código Civil en su artículo 339 y luego por la vigente Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas en su artículo 2.1; y el sistema industrial, en el que los recursos minerales se separan del fundo bajo el que se encuentran y de toda tutela real o estatal, y se consideran *res nullius*, atribuyéndose su propiedad al sujeto que los encuentre, sistema que es el baluarte del Derecho de Minas liberal, aunque con ciertos antecedentes medievales, y que es naturalmente el adoptado por la norma norteamericana que analizamos en el presente trabajo.

Pues bien, la pregunta es cuál de estos regímenes resulta el más adecuado para la regulación de este nuevo sector, la minería espacial, similar pero al mismo tiempo peculiar respecto de la minería tradicional. Lógicamente, el legislador norteamericano ya ha elegido, pero hemos visto como el sistema industrial, adoptado en su sentido más puro, se compadece mal con los principios que regulan el Derecho del Espacio Exterior. Para la redacción de una norma europea, entendemos que estos principios tienen que ser tenidos en cuenta. Es cierto que, al igual que sucede con Estados Unidos, el único Tratado Internacional firmado por la mayoría de los Estados de la Unión, el Tratado del Espacio de 1967 no contempla expresamente la interdicción de la apropiación privada de los recursos presentes en los cuerpos celestes. Por lo tanto, si bien éstos no puede hacerse objeto de ninguna apropiación estatal -descartamos por lo tanto un sistema demanial en sentido estricto- es la legislación nacional la que debe decidir sobre las condiciones de su atribución privada, siempre en unos términos amplios que incentiven la inversión.

La mayor dificultad que encontramos en la solución norteamericana es precisamente que, en los términos en los que se expresa, parece que asume que el régimen de la propiedad sobre los recursos minerales espaciales que declara es de *limitación*, es decir, que el derecho de propiedad preexiste a la norma jurídica que lo reconoce, y se entiende que éste surge de la apropiación misma del mineral. De ahí que la norma sólo pueda limitar un derecho que ya existe, sin que de momento esas limitaciones parezcan ser muchas. Como es obvio, esta lógica no va más allá de la extensión del derecho de propiedad que el tradicional sistema de industria reconoce para la extracción del mineral en la Tierra.

En nuestra opinión, sería preferible que el sistema de industria fuera abordado desde el punto de vista de la teoría de la delimitación del derecho de propiedad, de manera que el derecho de propiedad sobre el mineral tenga a extensión y contenido que la norma europea contemple. La

existencia misma del derecho de propiedad se derivaría del cumplimiento de los requisitos de la misma norma, sin poder anclarse en una existencia “real” o “externa” al Derecho.

Según esta solución, el sistema aplicable a la minería espacial sí que sería el de industria, que es el que permite favorecer la inversión privada en la exploración e investigación de los yacimientos, y no ningún sistema de regalía. Téngase en cuenta, además, que el sistema demanial no es formalmente aplicable en tanto no se universalice el Tratado de la Luna. Ahora bien, el contenido de este derecho de propiedad no sería tan extenso como para predicarse de todo mineral que se descubra, sino que sería dotado de contenido por la propia norma. Así, la norma puede decidir si atribuye plenos poderes de enajenación al propietario, o si los delimita, o si impone una carga jurídico-pública sobre el propietario. Es, en cualquier caso, un mecanismo mediante el cual es la norma jurídico-pública la que dota de contenido al derecho. Entendemos que de esta forma se salva razonablemente el principio de patrimonio común de la Humanidad, porque la apropiación privada tiene por objeto la comercialización del bien, y por lo tanto su aprovechamiento Humano. Naturalmente, su regulación por un grupo de Estados (o por un Estado) y el carácter exclusivamente mercantil de la introducción del mineral en la Tierra no son en sí mismas la situación ideal para consolidar su naturaleza de patrimonio común de la Humanidad, siendo preferible una regulación Internacional que garantice que los recursos son explotados en virtud de criterios comunes compartidos por todos los Estados participantes en el Tratado. Es decir, a la manera de la mencionada Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. Sin embargo, el carácter polémico de ésta y la celeridad de la industria de la minería espacial hacen improbable la implantación de una Autoridad de estas características en el Derecho del Espacio. Insistimos en que si nos centramos en una propuesta de norma comunitaria es, sencillamente, porque sigue siendo la opción más realista.

Por otra parte, en cuanto al contenido del derecho de propiedad, es igualmente razonable hacerlo depender de la naturaleza del mineral obtenido. Así por ejemplo, parece evidente que la obtención de minerales preciosos tiene una importancia diferente a la extracción de cantidades significativas de minerales que puedan servir de fuente de energía, por ejemplo. Para delimitar este contenido puede ser útil un sistema de grupos (similar al existente en el Derecho de Minas español) que clasifique los minerales en función de su uso industrial o de su importancia económica y social. Así, los minerales que se destinen mayoritariamente a actividades artesanales o industriales, que van desde la joyería a su empleo en las nuevas tecnologías, pueden estar sometidos a un régimen jurídico más liberalizado. Sin embargo, para aquellos minerales que vayan destinados a servir de combustibles, las circunstancias estratégicas pueden imponer regulaciones diferentes, posiblemente de carácter específico.

En cuanto a las obligaciones medioambientales, parece claro también que sería razonable contemplar algunas, pero es difícil imaginar cuáles serán los problemas medioambientales a los que va a enfrentarse la explotación minera del espacio. Posiblemente muchos de estos problemas surgirán con el tiempo a medida que avance la industria; algunos de ellos podrán predecirse, mientras que otros surgirán de improviso en pleno desarrollo de la actividad en el Espacio Exterior. De esta forma, toda protección medioambiental debe partir de la premisa de que no todas las consecuencias de la actividad podrán ser previstas. Dicho esto, sí que debe serles exigible un plan de restauración, similar al regulado en España por el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras. Igualmente, están disponibles otros instrumentos bien conocidos, como la autorización ambiental integrada, la evaluación ambiental y los mecanismos de gestión ambiental, por certificación o “ecoauditoría”.

En definitiva, nuestra intención es demostrar que, si bien la legislación norteamericana es pionera en el desarrollo de una tecnología esencial para el futuro del desarrollo a nivel global, la minería espacial, esta regulación adolece de ciertos problemas. Estos problemas son sobre todo dos: un mal encaje en la regulación del Espacio Exterior en el Derecho Internacional Público, y una eficacia potencialmente transnacional de sus normas. Para resolverlos, hemos propuesto la adopción de una norma europea equivalente, que se compadezca mejor con la naturaleza de los bienes extraídos como patrimonio común de la Humanidad, y que recoja mejor otras preocupaciones de la regulación económica actual, especialmente la protección del medio ambiente, al tiempo que impulse igualmente el desarrollo de la industria. En último término, si compitieran dos normas jurídico-públicas, una norteamericana y otra europea, pero ambas con efectos extraterritoriales, y los productos minerales obtenidos bajo el régimen norteamericano se comercializaran en la Unión Europea y viceversa, la misma competencia entre legislaciones fomentaría la formación de una normativa global para resolver el conflicto, generándose así una solución de consenso. Entre tanto, entendemos que lo razonable es que la Unión Europea genere su propia legislación al respecto, con base en la cual pueda comenzar la inversión de las compañías europeas en una industria ineludible para cualquier potencia económica del siglo XXI.

La minería espacial es un sector económico en desarrollo, y por mucho que suene a apuesta futurista, su advenimiento es una realidad. Esta apuesta es la que ha realizado el Derecho norteamericano con la aprobación de la *U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act* de 2015, conocido popularmente como la “Ley del Espacio” y cuyo Título IV regula precisamente la exploración y uso comercial de los recursos espaciales. A pesar del esfuerzo loable de esta norma por

atreverse a regular una actividad a día de hoy tecnológicamente inviable, precisamente para dar sustento jurídico a las inversiones que la desarrollen, la solución adoptada por la norma norteamericana nos parece cuestionable en varios aspectos. En primer lugar, tiene difícil encaje en el carácter de patrimonio de la Humanidad que el Tratado General sobre el Espacio, de 27 de enero de 1967 atribuye al Espacio Ultraterrestre, la Luna y otros Cuerpos Celestes en su artículo II, y es desde luego contrario al Tratado de la Luna de 1979, por mucho que ni Estados Unidos ni España se hayan adherido a éste último. En segundo lugar, no es tan claro que una aproximación tan sumamente liberalizadora a la regulación de la minería espacial sea la opción ideal para esta industria. La razón es que, una vez que se extraigan los recursos minerales en sí mismos, no será extraño que la importancia económica o social de algunos de ellos suscite la imposición de restricciones o normas regulatorias específicas, que sí que pueden perjudicar las cifras de una inversión de décadas. Por este motivo, entendemos que es preferible que la regulación se establezca *ex ante*, permitiendo así que el cálculo económico de la inversión tenga en cuenta todos los costes que pudieran sobrevenir. En cualquier caso, sí que nos parece acertado reconocer la propiedad y las facultades de enajenación de la empresa minera sobre el mineral extraído, pero fundando siempre este derecho subjetivo en la delimitación del contenido que establezca la norma vigente que lo regule, y no reconociendo la propiedad sobre los bienes extraídos sin excepción con carácter general. Por otra parte, lo más probable es que frente al desarrollo fracasado de un Tratado Internacional, proliferen las normas jurídico-públicas con eficacia Transnacional, razón por la que proponemos el desarrollo de una norma europea de explotación de los recursos del Espacio Exterior.

## 6. Conclusión de la Parte IV.

En el presente epígrafe hemos explorado los conceptos de Derecho global y Derecho administrativo global, y hemos intentado encontrar sus fundamentos jurídicos. Hemos concluido que es conveniente continuar en la búsqueda de unos principios comunes al Derecho global que, en nuestra opinión, pueden encontrarse partiendo de las doctrinas del monismo internacionalista, pero no deteniéndose en ellas, sino buscando los fundamentos propios de este peculiar “Derecho de gentes privadas” que es el Derecho global, para lo cual ya hay aportaciones valiosas.

No obstante, para enfrentarse a la realidad del Derecho positivo, que es pluralista, hemos expuestos los métodos de análisis de mayor importancia en la doctrina. El más importante sin duda, es el propuesto por KINGSBURY, que ha intentado encontrar una norma de reconocimiento hartiana

en el Derecho global. Este criterio, cuyo error creemos sigue estando en tomar el ordenamiento jurídico del Estado territorial como modelo, hemos propuesto sustituirlo por el reconocimiento y recepción individual de cada norma por cada sujeto.

Por último, hemos esbozado también un análisis de sectores. Sin alcanzar mayores conclusiones, podemos decir con seguridad que el sector financiero y el medioambiental son los más influidos por el Derecho público global, aunque hay que sumar también otros, como las telecomunicaciones, internet (regido por un importantísimo ciudadano corporativo, el ICANN) o la industria de la navegación aérea.



## CONCLUSIONI FINALI

La difesa della Costituzione nel secolo XXI sarà la difesa di tutto l'ordinamento giuridico. L'affermiamo con forza perché così lo crediamo, e così cercheremo di dimostrarlo al presente studio. Innanzitutto, deve rimanere chiaro da questo primo istante che il presente lavoro non è in nessun modo una nuova visita ai meccanismi di difesa della Costituzione che culminano nel controllo della giurisdizione costituzionale, ripassati con gran generalità in alcuna delle scarse opere che abordano il Diritto Costituzionale Comparato ed ugualmente nell'ambito ispano-americano né tanto almeno alla celeberrimo polemico SCHMITT-KELSEN, benché il riferimento a lei sia inevitabile, e così lo faremo immediatamente -; nemmeno se voglia si tratta di una re-visione dell'ordine giuridica statale post-crisi economico mondiale di 2008, benché qualcosa di questo sia comprensibile che c'è in fondo della questione. In realtà, i tre ingredienti sono presenti, benché i tre li diamo per conosciuti.

L'obiettivo del presente lavoro è doppio. Da una parte, vogliamo introdurre nel discorso giuridico il Diritto Globale. Ma non vogliamo farlo come riferimento vago ad un pluralismo normativo di dubbiosa natura che esiste, obiettivamente parlando, in un piano soprastatale. Questa visione si è data già molte volte, e concorda, a nostro capire, con una forma di capire il fenomeno propria dell'ordine globale anteriore alla crisi economica. L'obiettivo è introdurre il fenomeno cedendo più in là un passo, attraverso la sua giuridificazione. Così, mediante la formazione di concetti nell'ordine giuridico sopranazionale potremo analizzare giuridicamente il fenomeno, e proporre un meccanismo di applicazione delle sue norme.

Ma d'altra parte, aspiriamo anche a contrapporre il Diritto Globale all'ordine costituzionale interno. Ma perché una contrapposizione? Perché, precisamente, il non-ordine giuridico globale ed l'ordine giuridico interno giocano in piani di interessi contrapposti. Orbene, la domanda previa è, necessariamente, quale è il confronto di interessi che contrappone Stato ed Ordine Globale. Non è questo un lavoro sulla Globalizzazione in termini di Scienza Politica, destino di giuridificazione della globalizzazione. Neanche crediamo che quella contrapposizione sia esclusivamente di interessi economici, né che uno debba prevalere storicamente sull'altro.

Il superamento della nozione di un Stato-ordinamento, individuo unico del Diritto Internazionale e contemporaneamente unica fonte possibile di ordinamenti giuridici, ci sembra lampante davanti alla propria realtà giuridica del Diritto Globale. Orbene, il problema è la relazione di conflitto tra quello Diritto Globale ed il Diritto interno. Il conflitto consisterà, al nostro modo di vedere, in una competenza normativa diretta verso l'individuo particolare, cosa non osservata prima nel Diritto Internazionale Pubblico. L'individuo si vedrà a volte tentato a scegliere il Diritto Globale, ed a volte dietro la sua elezione costretto a compierlo. I termini nei quali questo si produrrà i vedremo più tardi, ma per il momento una cosa è chiara: l'applicabilità del Diritto Globale, di alcune norme

private altrui all'ordine giuridico statale, sono un potenziale minaccia, ma, ammettiamo anche, spesso un'opportunità, per l'ordinamento costituzionale.

Il risultato di questo è che il Diritto Globale richiede la sua propria teoria del Difensore della Costituzione. O per meglio dire, la Costituzione e l'ordinamento giuridico che deriva da lei richiedono una nuova teoria per la sua difesa di fronte al Diritto Globale. E di lì anche che affermiamo con tale forza che la difesa della Costituzione nel secolo XXI sarà quella di tutto l'ordinamento. Effettivamente, i meccanismi di difesa dei secoli XIX e XX, fossero già il controllo giurisdizionale nordamericano motivato in *Marbury v. Madison*, o il controllo politico di rivoluzionario francese vertebrato ambiente al *référé législatif*, o la lealtà federale della Costituzione del Reich di 1871, o la *verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana o il Capo dello Stato presuntamente neutro della proposta schmittiana, o la posizione personalista del Presidente del Tribunale Costituzionale della quale si parla a volte nella difesa di alcune costituzioni dell'Europa del Est, o perfino le teorie degli stati di emergenza, o la propria riforma della Costituzione, erano tutti essi meccanismi di difesa della Costituzione come tale, di fronte a minacce conformi da dentro il sistema, fosse già giuridico o politico. Orbene, il Diritto Globale ci situa in un progetto differente. La minaccia non procede già di dentro il sistema bensì dell'esterno. Tuttavia, non sta di fronte al Diritto Globale la costruzione di un dialettica amico-nemico, ancora quando possa pretendersi dai settori più restii alle conseguenze economiche della propria Globalizzazione. Il Diritto Globale è un insieme incoerente di norme provenienti da un insieme diffuso di poteri, in generale privati il cui sensibilità coi propri settori che regolano può trasportare vantaggi importanti nel momento di applicarli. O quello che è la stessa cosa, gli individui privato intervenienti nei settori economici preferirà spesso le norme del Diritto Globale affinché siano loro applicate, invece delle norme statali, perfino delle imperative.

Da questo punto di vista, il Diritto Globale può essere salutato ugualmente come un'importante novità nell'ordine giuridico mondiale che permetterebbe l'avanzamento di un Diritto più sensibile con le necessità ed interessi dei propri individui privati partecipanti nel mercato. Ed effettivamente, è così. Allora, se il Diritto Globale è un vantaggio per i propri individui ai quali è applicato, come è possibile che sia contemporaneamente una minaccia per il sistema costituzionale? Bisogna evitare risposte poco raffinate a questa questione che si limitino ad insultare o idealizzare il Diritto Globale. Il problema non è la natura dell'ordine giuridico globale come espressione del bene o del male. Ovviamente, debole favore farà al Diritto del secolo XXI un'analisi manichea esposta in questi termini. Il problema è un altro: assumendo fondamentalmente l'interesse che genera il Diritto Globale, per gli individui ai quali è applicato, il Diritto dello Stato deve rispondere alla domanda di come l'integra nel suo sistema giuridico, e fondamentalmente come può riuscirsi che quell'integrazione rispetti l'ordine costituzionale, tenendo in conto che le norme globali sono state elaborate per entità sopranazionali, poteri di facto spesso privati sui che gireremo più tardi quali,

benché in alcuni casi influenzati di una certa cultura giuridico occidentale, esistono ed elaborano norme al margine di qualunque ordine giuridico statale.

E, ovviamente, se necessitiamo che il Diritto Globale rispetti l'ordinamento costituzionale, abbiamo bisogno di una teoria della difesa della Costituzione, non nella identica maniera della teoria classica, bensì una costruzione propria per le norme sopranazionali. E diciamo bene, l'ordinamento costituzionale, non è già solo la Costituzione. Non basta difendere una norma giuridica o una volontà sovrana nazionale di attacchi da dentro il sistema; ora il problema è una difesa di insieme di fronte ad alcune norme sopranazionali che si presentano, dal punto di vista del Diritto statale, come un "invasore" dello spazio giuridico costituzionale. Orbene, per quanto il dibattito classico sulla difesa della Costituzione non ci dia, da solo, la risposta al problema della difesa dell'ordine costituzionale di fronte alle norme sopranazionali, è altrettanto inevitabile prendere come riferimento il punto più glorioso di quella discussione dottrinale. Effettivamente, recuperata la polemico SCHMITT-KELSEN, può, ovviamente, darci alcuni chiavi per abordare la difesa dell'ordine costituzionale di fronte al Diritto Globale. Del suo varietà di sfumature, vogliamo richiamare l'attenzione su un punto in concreto. Effettivamente, uno dei progetti schmittiani soggiacenti al dibattito è precisamente la concezione della scienza giuridica come una teoria dell'eccezione, di fronte all'obiettività scientifica dell'analisi kelseniano.

Col risultato che la teoria della difesa della Costituzione derivata dell'eccezionalità faccia ricadere la responsabilità su un titolare unico, il Capo dello Stato, al che come è ben conosciuto e seguendo un progetto del liberalismo conservatore di CONSTANT si identifica con un supposto *pouvoir neutre*, una soluzione deliberatamente volontarista che istituisce il difensore della Costituzione in un autentico sovrano, mentre la kelseniana costruisce una soluzione giurisdizionale, ma imputata in un organo costituzionale costituito per la propria norma fondamentale.

Orbene, analizziamo l'impatto di questa contrapposizione teorica per il Diritto Globale. Se concepiamo la cosa giuridica come lo studio dell'eccezionalità, le norme sopranazionali saranno un'anomalia nella normalità del Diritto dello Stato, e l'avvicinamento all'analisi dovrà essere, per così dirlo, "medico", cioè, il trattamento delle norme globali sarà quello di una malattia costituzionale, e la Teoria del Diritto Globale sarebbe una scienza medica di quella malattia. Al contrario, se la cosa giuridica è lo studio della cosa normale nell'ordinamento, un'analisi per così dire la cosa "fisiologica", le norme sopranazionali dovranno essere trattate come una nuova normalità, e l'articolazione tra le norme sopranazionali e l'ordinamento costituzionale capite come un processo normale del Diritto contemporaneo dovrà essere l'oggetto di studio della dottrina del Diritto Globale.

In realtà, bisognerà ammettere che il Diritto ha, mentre scienza, elementi di entrambe le prospettive, senza che nessuna delle due stia del tutto sbagliata, ma neanche sia completamente

certa. Per questo motivo precisamente, al presente lavoro abordiamo il problema da questa doppia analisi. In primo luogo, definiremo il Diritto Globale come concetto, per dopo confrontare il Diritto Globale di fronte all'ordinamento costituzionale primo come nemico, di fronte al quale si richiede una difesa appropriata, e dopo come amico, come fonte del Diritto della quale il sistema giuridico potrebbe, ipoteticamente, ottenere un vantaggio. Vediamolo.

Il concetto di Diritto Globale. Per Diritto Globale non capiamo mai un unito dissimile di norme sopranazionali ben definite. Il concetto stesso sta per costruire, malgrado cresca costantemente il numero di lavori che abordano la materia. Parlare del Diritto Globale, a giorno di oggi, è parlare di una realtà asistemática. Quando la dottrina aborda questa materia, abitualmente parla, bene di un insieme di norme senza nessuna coerenza interna, bene di alcuni principi vaghi che, si suppone, si verificano nelle organizzazioni internazionali o entità delle quali derivano, o migliore ancora che sono presuntamente protetti per gli organi interni di risoluzione di conflitti di queste organizzazioni che pretendono equipararsi ad organi giurisdizionali senza esserlo, essendo anche tutto ciò discutibile. Esempi eccellenti dell'analisi del Diritto Globale sono -siamo o non di accordo con le sue conclusioni - prima di tutti, la dottrina nordamericana<sup>298</sup>, e specialmente il tentativo di applicazione della norma di riconoscimento hartiana<sup>299</sup>; gli studi affezionati alla materia per la dottrina tedesca, in generale col titolo di Diritto Amministrativo Internazionale<sup>300</sup>, dove si constata la reticenza della dogmatico statalista per il riconoscimento delle norme sopranazionali; e la posizione eclettica introdotta in Italia in innumerevole opere, e specialmente nella monografia più riconoscente per CASSESE<sup>301</sup>. In Spagna la dottrina ha proposto anche avanzamenti importanti, tanto dal Diritto privato<sup>302</sup> come soprattutto dal Diritto pubblico, dove gli esempi sono molto numerosi ed abbracciano tante prospettive generiche<sup>303</sup> come analisi di settori, singolarmente il finanziere<sup>304</sup>. Ci sono naturalmente moltissimi più lavori che questi; l'elezione di alcuni o altri è frutto della propria opinione e non può essere condivisa, ma ci sembrano dogmaticamente i più suggerente.

Orbene, il punto al quale questi lavori non arrivano è a formare un concetto di Diritto Globale. Espresso in altri termini, non basta fare un riconoscimento superficiale del fenomeno, ma bisogna scommettere su una determinata categorizzazione delle norme sopranazionali, e non unisca solo

---

<sup>298</sup> KINGSBURY et al. (2005).

<sup>299</sup> KINGSBURY (2009).

<sup>300</sup> MÖLLERS et al. (2007).

<sup>301</sup> CASSESE (2009).

<sup>302</sup> DOMINGO (2008).

<sup>303</sup> RODRÍGUEZ-ARANA (2010).

<sup>304</sup> DARNACULLETA y SALVADOR (2010).

categorizzazione teorica che è ovviamente il punto di partenza, ma anche una che possa essere portata alla realtà e che permetta l'applicazione di quelle norme sopranazionali, o per meglio dire, un riconoscimento giuridico-pubblico di quell'applicazione che d'altra parte è in realtà una situazione. Una volta si riconosce che le norme sopranazionali sono veramente norme, di questo c'occuperemo più sotto, e che l'applicazione di queste norme è a sua volta in realtà una situazione, è necessario esporre i meccanismi di difesa coi quali l'ordine giuridico costituzionale necessita contare non ferma bloccare questa applicazione di norme supranazionali, bensì per sottometterli a controllo. Così, di fronte all'avvicinamento che si è venuto fino ad ora dando alla questione, cioè, l'esame delle supposte garanzie che esisterebbero, o no, nell'elaborazione di quelle norme, come udienze, motivazione delle decisioni o relazioni di esperti, e la sua sufficienza o non si ferma omologarsi a procedimenti equivalenti nel Diritto statale e compatibili - o non - coi diritti fondamentali, il nostro progetto è il contrario. Il procedimento di creazione della norma stessa deve distinguersi dalla sua integrazione nell'ordinamento giuridico statale, quello che può succedere solo se un'autorità competente esamina la norma e la sottomette ad un controllo di adeguamento all'ordine costituzionale. Se lo supera, potrà riconoscersi la sua applicazione, in modo che l'adeguamento alla costituzionalità dello Stato che è impossibile *ex ante*, non deve si produrre nel processo di elaborazione della norma stessa, dove insistiamo, sarebbe impossibile, bensì solo molto più tardi, quando la norma è sommersa ad un processo di controllo costituzionale "di entrata" nell'ordinamento giuridico dello Stato. Tale controllo costituzionale non deve essere un controllo di costituzionalità propriamente detto nel senso nel quale si intende questa espressione del costituzionalismo europeo continentale e nei termini nei che l'applica il Tribunale Costituzionale, cioè, non un controllo di stretta coerenza coi termini della Costituzione scritta, perché tale controllo può funzionare solo di fronte a norme derivate del proprio sistema giuridico statale, bensì un controllo di adeguamento, di rispetto della norma sopranazionale ai principi giuridici costituzionali, ed in questione al contenuto essenziale dei diritti fondamentali. Perché bene, l'organo che eserciti detto controllo, sarà il nuovo difensore o custode della Costituzione.

Al nostro modo di capire, il Diritto Globale si caratterizza per quattro tratti essenziali: soprastatalità, topica, ibridazione ed efficacia recepticia. La soprastatalità che è elemento essenziale e presupposto contemporaneamente del Diritto Globale, significa l'esistenza di questo livello giuridico in un piano superiore all'ordinamento giuridico dello Stato, ma non superiore in un senso gerarchico, bensì semplicemente, con un'esistenza Globale. La soprastatalità è la caratteristica comune dei rami del Diritto che, nella nostra opinione, devono classificarsi dentro la famiglia del Diritto sopranazionale: il Diritto Europeo, il Diritto transnazionale, il Diritto Amministrativo Internazionale ed il Diritto Globale (includendo i suoi rami minori) cioè, il costituzionalismo globale ed il Diritto amministrativo globale, principalmente.

Tuttavia, il Diritto Internazionale Pubblico non deve aggiungersi dentro questa categoria o "famiglia" giuridica, perché esiste precisamente come ordine giuridico di una Società tra gli Stati, oltre ogni discussione su se la sua natura è realmente quella di un Diritto statale esternalizzato, come dettava la dottrina hegeliana, o è un Diritto esterno, come la dottrina internazionalista assume già per lo più dal secolo XX. Il protagonismo che lo Stato mantiene nel Diritto Internazionale Pubblico lo separa dalla famiglia soprastatale, perché si tratta in realtà di un ordine giuridico inter-statale, egli quale è molto distinto. Il Diritto Internazionale Privato, da parte sua, ha una natura abbastanza più discutibile, ma in generale non smette di essere un Diritto statale di risoluzione di conflitti giurisdizionali e normativi col Diritto straniero, sebbene la forte irruzione del Diritto europeo e la sua ampiezza metodologica che include diverse questioni su, per esempio, arbitraggio e regolazioni sopranazionali, permettono di notare in lui una dimensione soprastatale. In realtà, il Diritto Internazionale Privato è senza dubbio il ramo del Diritto migliore situata per affrontare lo studio del Diritto Privato Globale, cosa impensabile nel Diritto Pubblico Globale dal Diritto Internazionale Pubblico, dovuto precisamente a questa natura giuridica statale.

La soprastatalità significa solo che il Diritto esiste oltre il proprio Stato, ragione per la quale è questo ramo del Diritto quella che più severamente sta rodendo il potere dello Stato. Tuttavia, come si vedrà, ancora dentro questo Diritto soprastatale, i tre primi sono di origine statale, benché posteriormente si emancipino e discutono il potere di questo, mentre solamente l'ultimo, il Diritto Globale, sorge con totale indipendenza dal potere giuridico dello Stato, e per quel motivo è anche più fortemente il suo oppositore. Così, il Diritto europeo sarebbe, ovviamente, il Diritto dell'Unione Europea che ha trascorso già le sue origini come organizzazione internazionale ed ostenta, come dicevamo prima, una natura giuridica propria. Ma deve aggiungersi anche dentro questo concetto, intenditore in senso ampio, il Diritto derivato della Convenzione Europea di Diritti umani di Roma di 1950 e la sua interpretazione per il Tribunale Europeo di Diritti umani (TEDH). Entrambi i rami del Diritto Europeo nascono dall'Internazionale, e tanto le sue organizzazioni, l'Unione Europea ed il Consiglio Europeo, come le sue norme, i Trattati Fundacionales e la Convenzione di Roma di 1950, sono stati costituite per il potere dello Stato.

Tuttavia, la realtà del suo sviluppo è stata molto distinta del che corrisponderebbe nel Diritto Internazionale Pubblico: entrambe si sono eretti in istituzioni di natura propria e capaci di esercitare un potere autonomo, con un'enorme attività che "irrita" spesso, nel senso volgare del termine, ai propri Stati fondatori. Nella nostra opinione, questo non è in assoluto un cattivo sintomo, bensì un principio di un potere giuridico che sta in pieno processo di nascita, e che ancora nascendo dallo Stato ed avendo parallelismi con questo, costituisce un potere nuovo e distinto degli anteriori. D'altra parte, altre organizzazioni internazionali capaci di "irritare" i suoi propri Stati membri, come l'Organizzazione di Stati Americani o l'Organizzazione Mondiale del Commercio, non hanno

portato mai tanto lontano come il Diritto europeo il suo potere, in modo che quelle rimangono nell'ambito dell'istatista Diritto Internazionale Pubblico, e questo ha raggiunto già natura di magnifico soprastatale.

Il Diritto transnazionale, da parte sua e strettamente parlando, è Diritto, in generale pubblico, interno che ha effetti extraterritoriali. La questione è che, all'essere i suoi effetti extraterritoriali, si mette in questione il principio di territorialità, in modo che il gran monopolio statale conservato nel Diritto contemporaneo che è il territorio, si mette anche in questione. Ma allora, caprina domandarsi se questo non è più che un Diritto pubblico interno tradizionale che non ha propriamente la caratteristica della sopraterritorialità, e che conserva, o perfino esacerba, il potere dello Stato, estendendolo fosse del suo territorio. Questo progetto lo consideriamo, tuttavia, erroneo. In primo luogo, esiste sopraterritorialità dal momento in cui il Diritto pubblico interno ha alcuni effetti altrui al suo proprio territorio, teoricamente impensabili nel Diritto pubblico tradizionale. Un'altra cosa è che si tratti esclusivamente di una soprastatalità degli effetti del Diritto interno, e non della sua creazione e la sua applicazione dentro il territorio che seguono essendo inter-statali. Ma è che il Diritto Transnazionale studia, nella nostra opinione, precisamente gli effetti extraterritoriali delle norme di Diritto pubblico interno, e non le norme propriamente dette. D'altra parte, è certo che si rafforza il potere dello Stato i cui norme hanno effetti extraterritoriali, ma ugualmente si diminuisce quello dello Stato che li sopporta, cosa inimmaginabile nel Diritto del secolo XX, motivato nel concetto di sovranità. Col risultato che ogni Diritto statale, potenzialmente, può essere invaso per gli effetti extraterritoriali di un Diritto pubblico esterno.

D'altra parte, il Diritto Amministrativo Internazionale avrebbe per oggetto di studio gli effetti di un Diritto generato per le proprie Amministrazioni Pubbliche nelle sue relazioni tra sé, oltre l'esercizio statale della sovranità nelle relazioni internazionali. La dottrina tedesca ha maneggiato questo termine come alternativa tanto al Diritto Transnazionale che includerebbe, come al Diritto Globale. Tuttavia, la distinzione metodologica è necessaria, perché non rispondono alla stessa realtà. Al contrario, esistono troppe ipotesi di relazioni sopra-statali delle Amministrazioni Pubbliche che non sono propriamente Diritto Globale, benché a volte si categorizzino come tale. L'elemento cruciale per distinguere, in questo caso, il Diritto Amministrativo Internazionale del Globale, è l'ibridazione tra Diritto pubblico e privato. Un esempio ricorrente sono gli accordi tra Amministrazioni Pubbliche di distinti Stati, generalmente regionali o locali. Per esempio, un accordo tra un Municipio spagnolo ed il suo equivalente tedesco per l'accoglienza di rifugiati, è Diritto Amministrativo Internazionale o Diritto Amministrativo Globale? A noi non ci sta dubbio alcuna che la risposta è la prima. Simile accordo sarebbe sopra-statale, è verità, ma genuinamente giuridico-pubblico. Al fine ed il capo, il tipo di relazione che si stabilisce è il proprio del livello internazionale, ma ad un livello inferiore di potere amministrativo, dove in teoria, almeno nella

concezione classica, queste entità amministrative non hanno *a priori* nessun potere di rappresentazione internazionale, benché dopo finiscano per esercitarlo.

Inoltre, il fatto che l'accordo si qualifichi - come normalmente è abituale - di "patto tra cavalieri" o Diritto soffice non introduce nessun elemento giuridico privato che permetta di osservare l'ibridazione, perché il Diritto soffice non è giuridico-privato in sé stesso, ma è anche un strumento giuridico alla portata del Diritto pubblico. Di una forma più pratica: se ci fosse un conflitto nell'esecuzione dell'accordo, chi interverrebbe? Non interverrebbe naturalmente nessun tribunale arbitrale o metodo privato di risoluzione di conflitti, bensì i propri Ministeri di Affari Esteri, data l'entità del problema sulla quale verte l'accordo. È certo che altri accordi abordano materie più prosaiche, ma in qualsiasi caso la sua natura sarà giuridico-pubblica. Così, abbiamo utilizzato questo esempio per dimostrare che in questi accordi tra Amministrazioni quella che è è una relazione giuridico-pubblica internazionale, un fenomeno nuovo, sì, ma non di Diritto Globale, bensì di Diritto Amministrativo Internazionale che si incaricherebbe di studiare queste relazioni ad un livello inferiore all'esercizio internazionale della sovranità dello Stato, la quale corrisponde tradizionalmente al Diritto Internazionale Pubblico.

Il Diritto Globale, infine, è l'esempio più straordinario del fenomeno della soprastatalità. La sua nascita si vincola necessariamente alla manifestazione normativa del potere privato in un ambito sopranazionale, nel senso di essere completamente indipendente del potere dello Stato. La soprastatalità, nel Diritto Globale, significa sempre indipendenza rispetto al Diritto statale o di qualunque altro. Ma la mancanza di un potere centralizzato e di un territorio di introduzione del Diritto Globale deriva anche *a priori* nell'inefficacia territoriale dalle sue norme, e col risultato che, come vedremo, debba completare la sua efficacia mediante un processo di "integrazione" nel sistema di Diritto statale. Ma per il momento continuiamo con questa spiegazione.

La seconda caratteristica che proponevamo nel Diritto Globale, per il momento la topica, basterà enunciarla, è stata adeguatamente sviluppata in un lavoro maggiore. La filosofia giuridica del secolo XX ha cercato di recuperare la topica come metodo, davanti al predominio dogmatico del sistema. Il sistema è il modello razionale sul quale si è costruito il Diritto dello Stato. Per contro, la topica è il modello flessibile e sensibile al caso concreto, capace di risolvere problematiche molto complesse ma senza possibilità di estrapolare le soluzioni a casi simili. Non è questo il posto di entrare nel dibattito. Piuttosto, crediamo che sia migliore tattica usare in ogni sposalto il metodo che meglio si adatti al ramo di studio. Nel caso del Diritto Globale, le soluzioni apportate per le sue norme sono inequivocabilmente topiche. Questo è così perché le sue norme, in generale di importante profilo tecnico, presentano soluzioni concrete a problemi circostanziali. Orbene, tale cosa incide su un problema fondamentale del Diritto Globale che è la mancanza di sistema. Senza sistema, non può garantirsi la sottomissione delle norme a principi giuridici fondamentali, principi che rappresentano



a sua volta valori delle società moderne, principalmente, la democrazia ed i diritti umani. Le norme del Diritto Globale rappresentano, per lo più, interessi privati, quelli degli individui che credano le norme. Per sottometterli ai principi e valori degli ordinamenti giuridici moderni, è necessario sottometterli all'ordine del sistema. Riuscire questo obiettivo è materia alla quale dedicheremo gran parte del presente lavoro. Orbene, sta già anticipare qualcosa di importante. La difficoltà delle norme topiche di Diritto Globale è la sua integrazione nel sistema, e quello che è più, nel sistema giuridico di ogni Stato. Che questo deriverà in un'effettività plurale dal Diritto Globale, è indubbio, ma è conseguenza della natura di questo che non può garantire per sé solo né la sua legittimità democratica né il suo rispetto ai diritti fondamentali.

In questi termini, e senza avere un territorio di applicazione proprio, non è ammissibile la sua efficacia territoriale senza la previa ammissione della norma da parte del Diritto dello Stato. Orbene, è certo che questo implica che differenti norme abbiano un'applicazione distinta in ogni ordinamento. Per esempio, una stessa norma di Diritto Globale può applicarsi direttamente in un ordinamento per considerarsi ammissibile senza sfumature, sottomettersi ad un'interpretazione conforme con la Legge imperativa interna in altra e respingersi la sua applicazione in un terzo. Non c'è un'unica soluzione all'introduzione della norma esterna dentro il Diritto dello Stato. Ma il processo deve essere completato necessariamente, malgrado la soluzione sia una certa "trasformazione" della norma privata internazionale ed un'applicazione divergente in distinti Stati. Non è possibile prevalere l'efficacia diretta del Diritto Globale sulla sovranità dello Stato e l'efficacia diretta del Diritto Globale sulla sovranità dello Stato nel territorio, almeno non a giorno di oggi. Il Diritto sopranazionale, nella nostra opinione, ha bisogno per la sua propria natura l'assistenza del Diritto dello Stato per "completare" il potere imperfetto o incompleto degli individui del quale deriva. Nei quattro esempi di Diritto soprastatale che ho enumerato, i quattro richiedono in qualche momento dell'intervento ultimo del potere dello Stato. Questa necessità dello Stato ed il suo potere giuridico rimarca che questo rimane come il più poderoso individuo del Diritto moderno. La cosa importante è osservare che lo Stato ha perso già il monopolio del potere normativo che ostentava tradizionalmente, in modo che probabilmente stiamo pienamente in un certo punto dell'evoluzione verso un Diritto soprastatale indipendente.

Un altro elemento essenziale del Diritto Globale, già citato ed intimamente relazionato con l'anteriore, e che fa strada verso la realtà del Diritto contemporaneo, è l'ibridazione. L'ibridazione non significa, niente affatto, la sparizione della distinzione tra Diritto pubblico e Diritto privato. La distinzione segue pienamente vigente, almeno negli ordini giuridici che riflettono una distribuzione del potere basata nella separazione tra Stato e Società. La distinzione è, nella nostra opinione, pienamente applicabile, non solo nel Diritto interno, ma anche in molti ambiti del Diritto sopranazionale, Diritto europeo, Transnazionale, Internazionale Impiegato, poiché in tutti essi è

una distinzione chiara tra l'internazionalizzazione del potere pubblico e la sottomissione degli individui privati al suo regime giuridico.

Tuttavia, questo non succede così nel Diritto Globale. Nel Diritto Globale, l'individuo non si limita a soffrire il potere pubblici, ma determinati individui privati l'esercitano, perfino senza nessuna legittimità *a priori*, bensì in virtù del suo potere di facto. Questa caratteristica fondamentale del Diritto Globale lo distingue, nella nostra opinione, del resto di rami del Diritto soprastatale. L'individuo privato si situa in una posizione di potere, in modo che esercita potestà pubbliche, includendo - e molto specialmente - la potestà normativa, mentre regola materie di chiaro interesse pubblico, ma osservando interessi puramente privati. Questo miscuglio che giustificheremo durante il lavoro, è nella nostra opinione caratteristica inequivocabile del Diritto Globale che non si trova in altri rami del Diritto sopranazionale. Seguendo l'esempio dell'Accordo tra Municipi che menzionavamo più su, la mancanza di un elemento privato scarta, nella nostra opinione, che si possa parlare in quello caso di Diritto Globale o Diritto Amministrativo Globale.

Infine, abbiamo menzionato come caratteristica essenziale del Diritto Globale l'efficacia recepticia delle sue norme<sup>305</sup>. Di seguito la teoria che esponiamo si baserà in cercare di ricondurre questa realtà pluralistica agli schemi del monismo, cioè, della topica delle soluzioni normative private internazionali che rispondono ad interessi privati e raramente ai pubblici, al sistema razionale e capace di garantire i principi fondamentali dell'ordinamento. Solo durante un studio più profondo che non possiamo realizzare qui si capirà la natura del problema, e pertanto anche, della soluzione. Ma sta dire, per il momento, che delle possibili opzioni dogmatiche sull'efficacia del Diritto, non abbiamo identificato nessun più sicura che l'accoglienza individuale delle norme. L'efficacia automatica delle norme private sovranazionali non è ammissibile in assoluto, perché come sappiamo già, queste norme non rispondono né ad un fondamento democratico, né di rispetto ai diritti umani, niente affatto gli individui privati che dettano le norme private sovranazionali possono avere il potere di assicurare la sua efficacia automatica, né personale né territoriale. La natura privata delle norme sopranazionali esige che l'individuo privato al quale gli applicano abbia l'opzione di riceverli o no. Più ancora, molte di queste norme hanno un senso economico, ed appaiono in ambienti competitivi, dove differenti individui privati emettono norme diverse che "competono" tra sé nel mercato. Comprensibilmente, non possono essere efficaci entrambe le norme contemporaneamente. Qui, al contrario di quello che, logicamente anche, dirige nel Diritto dello Stato, l'efficacia delle norme deve essere recepticia, cioè, che deve contare col consenso specifico dell'individuo al quale sono applicate.

---

<sup>305</sup> LEGAZ (1961: 404).

Questa è un'altra caratteristica specifica del Diritto Globale che non si verifica nelle norme soprastatali europei, transnazionali o inter-amministrative, precisamente perché queste sono sempre norme di Diritto pubblico che hanno l'efficacia diretta della quale le norme private sovranazionali mancano. Orbene, in termini di legittimità democratica, è comprensibile che queste norme soprannazionali non possono equipararsi alle norme giuridiche dello Stato, o almeno a quelle dello Stato di Diritto. In questo senso, il carattere *recepticio* di queste norme viene a coprire parte di questa "imperfezione" della norma. Mediante il carattere *recepticio* delle norme soprannazionali del Diritto Globale non riusciamo in nessun caso la sua legittimità democratica, ma sì l'identità tra volontà e legatura che è indispensabile affinché la norma possa essergli applicata all'individuo che la riceve. Detto altrimenti, il Diritto dello Stato che è automaticamente efficace, richiede nello Stato di Diritto della partecipazione dei propri individui ai quali si dirige nella sua elaborazione per potersi legittimarsi. Le norme soprannazionali non è tuttavia che siano "meri *standards* non vincolanti" come si è detto tante volte, ma sono norme giuridiche *recepticie* che non possono essere obbligatorie senza il concorso della volontà, individualmente espressa, espressa o tacitamente, dell'individuo al che sono applicate, per quello che il suo carattere è *recepticio*. Non bisogna confondere, tuttavia, questa natura *recepticia* con una natura democratica che queste norme soprannazionali non hanno in nessun caso, come neanche deve confondersi col sufficiente compimento dei requisiti costituzionali, cioè che si produca solo, nel suo caso, mediante l'esame, controllo ed adattamento al che deve sottomettere la norma il difensore della Costituzione.

Fino a qui l'analisi del Diritto Globale come concetto. Insistiamo, sopra-statalità, topica, ibridazione ed efficacia *recepticia* sono elementi che non possono mancare nell'identificazione dell'ordine giuridico globale. Siamo coscienti della quantità di norme o atti giuridici comunemente caratterizzati come "globali" che obbliga ad escludere questa definizione, ma capiamo che in questo consiste precisamente la formazione del concetto, nella costruzione del contenuto in alcuni termini che permettano di sviluppare una dogmatica adatta per la sua applicabilità pratica. Le necessità del Diritto Transnazionale e l'applicazione di norme giuridico-pubbliche statali extraterritoriali e del Diritto Amministrativo Internazionale e gli accordi internazionali tra Amministrazioni Pubbliche sono differenti, parlando in termini di dogmatica giuridica, a quelle del Diritto Globale e le norme soprannazionali private. È per questo che abbiamo tentato di delimitare anche il concetto in alcuni termini che fanno maneggevole il problema concreto di fronte ad altri fenomeni innovativi, ma che richiedono non necessariamente risposte tanto rupturiste.

Orbene, la costruzione di un concetto di Diritto Globale non sarebbe completa se non aderisse con un altro concetto dipendente di quello. Sappiamo che esistono norme private soprannazionali, e che questi minacciano, almeno in un certo aspetto, l'ordine giuridico costituzionale. Orbene, comprensibilmente, dietro una norma soprannazionale deve c'essere una volontà normativa che si

esprime in lei. Non useremo per ciò il termine legislatore, perché capiamo che questo deve rimanere ridotto all'autore della volontà normativa statale; ma senza dubbio esiste una classe di individuo sopranazionale, una classe di entità, che esercita una potestà normativa di facto. Un'immagine completa del Diritto Globale, pertanto, dovrà includere una caratterizzazione di tale individuo.

Perché bene, si tratta ora di identificare questi enti ed formare un concetto. Esclusi gli Stati, per ragioni evidenti - la sua personalità giuridica è propria e distinta delle organizzazioni sopranazionali - ci rimangono tre tipi di entità che legiferano di facto. Primo di tutto, le organizzazioni internazionali, come l'OMC che è per eccellenza l'esempio, ma anche altre come l'OIL o la FAO che hanno una natura giuridico-pubblica in Diritto Internazionale, per essere costituite mediante trattati internazionali ed essere i suoi membri Stati. In secondo posto, le entità private puramente legislative, quelli che non si costituiscono per trattato internazionale bensì per meri accordi tra i partecipanti, se è che sono scritti che hanno natura privata e nelle quali possono prendere parte tanti Stati o i suoi organi specializzati in alcuna materia come entità puramente private, o solo queste. Di queste possono distinguersi ancora due categorie, di lì i tre dei che parlavamo prima, quelle che si costituiscono formalmente e quelle che si costituiscono meramente di facto. L'esempio più rilevante delle prime è probabilmente l'ISO, *International Organization for Standardization*, l'organizzazione privata per la standardizzazione delle norme internazionali. Di tra le entità di facto, il più celebre esempio è il Comitato di Basilea, per quanto alcune dei suoi membri siano entità giuridico-pubbliche, le Banche Centrali. Queste entità private, o non statali, possono costituirsi in ogni modo (includendo chiunque di Diritto privato) sempre del foro nel che si costituiscono, comprensibilmente, e possono avere qualunque sede, benché curiosamente molte di esse si concentrino su Svizzera.

Conseguentemente, la questione poggia su astrarre una categoria per tutte questi entità, se è che tutte esse devono inglobarsi sotto lo stesso paradigma. Arrivati a questo punto, crediamo che dobbiamo rinunciare a separare le norme derivate dalle organizzazioni internazionali e quelle delle entità private, benché in esse comunichino Stati o i suoi organi interni. È certo che le prime potrebbero definirse come Diritto Internazionale Pubblico. Ma è anche certo che la categoria concreta del Diritto Internazionale sotto la quale devono aggiungersi una raccomandazione del FMI o una risoluzione dell'Organo di Appelli dell'OMC non è stata creata. In sintesi, abbiamo bisogno ugualmente di una categoria normativa per proteggere le norme delle organizzazioni internazionali, produrre queste norme fosse del controllo diretto dei propri Stati membri di quelle, bensì come volontà normativa autonoma di quelle organizzazioni. In questo punto, di fatto, non si distinguono in niente delle entità private sopranazionali. Col risultato che, essendo le norme di natura simile, debba essere anche concettualmente l'individuo legislatore costruito. La nostra

proposta di costruzione del concetto è quella che abbiamo chiamato il Cittadino Corporativo, seguendo specialmente una nomenclatura nordamericana procedente del suo Diritto Penale<sup>306</sup>.

Il cittadino corporativo si definirebbe come quell'individuo non naturale che può essere persona giuridica o entità non costituita in nessun Stato come tale, e senza che necessariamente ostenti personalità secondo i requisiti di nessun ordinamento statale, ma che ostenta la funzione maggiore che non sta in mani dei cittadini sommessi al potere dello Stato e la sua Amministrazione e che è genuinamente giuridico-pubblica: la funzione di creare norme. Queste norme non si limitano, come si è preteso, ad essere mere dichiarazioni di volontà inter privatos, né si dirigono per l'autonomia della volontà delle parti. Questo è così perché le decisioni che adottano i cittadini corporativi sono disposizioni di portata generale che obbligano individui coi quali non media necessariamente una relazione contrattuale, e se ci l'è, questa non è sufficiente come per vincolare a tutto un sistema di norme interne, per esempio, la sottomissione del fornitore alle norme della multinazionale che è il suo cliente.

Pertanto, possiamo concludere che le entità private internazionali ostentano una posizione prominente nella quale potremmo chiamare "società sopranazionale", molto maggiore che quella del cittadino del Diritto pubblico statale. Quella posizione che abbiamo concettualizzato come quella del cittadino corporativo, ha una natura propria, che eccede molto con le possibilità della cittadinanza tradizionale. La relazione Stato-cittadino si vede superata per una completa interdipendenza tra tutti e due, nella quale il cittadino corporativo può assumere potestà pubbliche proprie dello Stato e l'Amministrazione.

Orbene, definito già il Diritto Globale come oggetto della Scienza Giuridica, cioè, come ordine normativo no-ordinato, o per meglio dire, come un'unità disaggregazione di norme giuridiche sopranazionali alla quale sta tuttavia sottomettere ad una teoria generale, rimane dirigerci alla questione centrale che ci siamo porsì, a sapere: se il Diritto Globale è necessariamente un nemico della Costituzione, ed in tale caso quale è la strategia di difesa di questa, e soprattutto ricade la responsabilità di essere il suo difensore su chi.

Dobbiamo ritornare alla distinzione che stabilivamo inizialmente, tra una concezione "medicinale" del Diritto ed un'altra "fisiologica." Ovviamente, sono metafore che non devono essere portate oltre il suo interesse retorico: non c'è, ovviamente, correlazione esatta tra entrambe le categorie della medicina ed il Diritto, ma speriamo che la similitudine si capisca nel suo torneo dosato. Non è certo che il Diritto Globale è una minaccia per l'ordine costituzionale? Alla nostra fede che lo sembra, almeno, se risulta che norme sopranazionali create per entità private fuori di ogni controllo democratico possono competere costituzionalmente nello spazio giuridico statale con norme

---

<sup>306</sup> GÓMEZ-JARA (2005:249).

derivate di un ordinamento costituito. Orbene, la correzione di queste disfunzioni, o la sottomissione del Diritto Globale se si ama un'espressione molto più contundente, alla Costituzione, sarebbero le risposte adeguate per convertire l'integrazione di una realtà topica, le norme sopranazionali, in un sistema giuridico costituzionale, nella nuova normalità del Diritto pubblico.

Ora immaginiamo un possibile esempio di questo supposto conflitto tra la norma sopranazionale ed i principi costituzionali. Lo faremo ricorrendo ad un ambito materiale di minore profondità dogmatica, ma che è anche importante, e certamente anche facilmente comprensibile. Il Diritto dello Sport si fa largo nella dogmatica giuridica<sup>307</sup>, soprattutto in quella del Diritto Amministrativo, mentre le norme sopranazionali in questo ambito si moltiplicano. Una delle organizzazioni, per ende uno dei cittadini corporativi nel vocabolario che abbiamo proposto, più poderosi e prominenti in questo ambito è l'organizzazione FIFA, con sede a Zurigo. FIFA emette ed aggiorna una serie di norme sopranazionali ai che, come sappiamo, si è chiamato tradizionalmente standard per cercare di negare il carattere normativo che ostentano ovviamente, oppure li è denominati col nome tecnico che in ogni sposo gli assegna l'organizzazione (Regolamento standard) Codice di condotta, Codice etico, etc. Qui possiamo osservare, per certo, il migliore motivo per categorizzare queste ipotesi "standard" come norme, precisamente per evitare il vantaggio che suppone avere il controllo del *nomen iuris* ed evadere così ogni responsabilità nella sua applicazione per il cittadino corporativo, so pretesto di suo "non obbligatorietà" che come sappiamo non è più che efficacia recepticia.

Perché bene, queste norme possono apparire in differenti contesti. Non bisogna dimenticare che la maggioranza delle associazioni o federazioni a livello mondiale sono membri dell'organismo, compresi, ovviamente, la spagnola e l'italiana, ed a sua volta sono membri della Reale Federazione Nazionale corrispondente la maggioranza dei club di calcio, sia come sia la sua organizzazione societaria. Di tutte questi norme, fissiamo la nostra attenzione ad una di esse a titolo di esempio: il Codice Disciplinare della FIFA, nella sua versione di 2017<sup>308</sup>. Il Codice Disciplinare ha sollevato storicamente polemiche proprie delle norme sopranazionali. Per esempio, in primo luogo, l'analizziamo secondo i principi che abbiamo stabilito per il Diritto Globale. Si tratta di una norma sopranazionale, privata perché è creata da un cittadino corporativo che è privato egli stesso, e topica nella sua natura, perché non pretende di regolare sistematicamente tutto il Diritto dello Sport, neanche tutto il Diritto applicabile allo sport concreto che regola, e neanche hanno quell'affanno di completezza l'insieme di norme dell'organizzazione FIFA, perché ognuna di esse regola aspetti concreti dello sport in questione o della propria organizzazione, essendo la natura di ognuna di esse altrettanto topica. Infine, la sua efficacia è recepticia, perché ovviamente non ha un'efficacia erga

---

<sup>307</sup> Vid. soprattutto CASINI (2010).

<sup>308</sup> Disponibile in [http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/50/02/75/fifadisciplinarycode2017es\\_spanish.pdf](http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/50/02/75/fifadisciplinarycode2017es_spanish.pdf).

omnes per sé stessa in nessun territorio, ma è stata ricevuta per i club di calcio ai che è applicabile, mediante la sua appartenenza ad una Federazione che a sua volta sta associata alla proprio FIFA.

Orbene, una cosa è, una volta ricevuta la norma, l'ambito di applicazione che ostenti, ed un altro è il suo invocabilità davanti agli organi giudiziari in un processo in qualunque ordine giurisdizionale, ma in ogni caso di natura ovviamente statale. L'ambito di applicazione che questa norma sopranazionale si dà a sé stessa, d'altra parte, è abbastanza ampio, e non si limita alle competizioni organizzate per FIFA. C'interessa qui che la norma si applica in ogni caso "quando si attenti gravemente agli obiettivi statutari della FIFA, specialmente nelle ipotesi [ Le sanzioni imposte per la Commissione Disciplinare della FIFA in virtù di questa norma sopranazionale sono impugnabili in primo luogo davanti alla Commissione di Appelli della proprio FIFA, ed in seconda istanza davanti ad un organismo arbitrale, il Tribunale di Arbitraggio Sportivo, conosciuto per le sue sigle in francese, TAS. A sua volta, in casi di doping, è anche competente per sanzionare l'Agenzia Spagnola di Protezione della Salute nello Sport, e è competente per conoscere della risorsa il Tribunale Amministrativo dello Sport, in virtù della risorsa amministrativa speciale in materia di doping in quello deportino contemplato nell'articolo 40 della Legge Organica 3/2013, di 20 di giugno, di protezione della salute dello sportivo e lotta contro il doping nell'attività sportiva.

Orbene, può sembrare che questo torni ad una duplicità di procedimenti, uno giuridico-pubblico che può finire nel TAD, ed altro giuridico-privato che finirebbe nell'Incudine. Nella nostra opinione, la situazione in realtà è più complessa. Benché entrambi i procedimenti sanzionatori fossero indipendenti, è forzoso riconoscere tre cose: la potestà sanzionatrice di facto della FIFA che è a sua volta conseguenza della sua potestà normativa; l'efficacia che avranno quelle sanzioni nel territorio di uno o più Stati che non li hanno dettate né riconoscente ufficialmente, perché quello sanzionato non potrà partecipare a competizioni che organizza FIFA, e non è frivolo il monopolio globale che ostenta questo cittadino corporativo nell'organizzazione delle competizioni, e la forza che i propri partecipanti in questo settore concedono a queste norme FIFA che certamente li allegheranno o li impugneranno davanti alle autorità statali nel cui territorio spieghi la sua efficacia la sanzione, tanto alce autorità amministrative come giurisdizionali in posteriori risorse. Così, è già abituale che il Tribunale Amministrativo dello Sport riceva allegazioni di norme della FIFA, benché *a priori*, secondo il progetto tradizionale dello Stato di Diritto, non sia competente per risponderli. Perché bene, in questa doppio penetrazione delle norme sopranazionali, tanto nei procedimenti amministrativi e giudiziari una volta che sono stati ricevute o di mero fatto, una volta che sono applicate dal cittadino corporativo, consiste la minaccia del Diritto Globale all'ordine giuridico costituzionale.

Più concretamente, immaginiamo l'applicazione di una norma particolare di questo Codice Disciplinare. Prendiamo per esempio l'articolo 99 che regola il carico della prova nei procedimenti

sanzionatori. Dopo depositare il carico della prova nella proprio FIFA, il suo inciso secondo dice testualmente che "Nel caso di un'infrazione dei norme antidoping, spetta all'accusato presentare le prove necessarie per ridurre o sopprimere una sanzione. Ugualmente, l'accusato dovrà presentare prove sulla forma in cui la sostanza proibita entrò nel suo corpo affinché la sanzione sia ridotta." Orbene, questa seconda norma è discutibile da un punto di vista costituzionale. Non ci fermiamo qui nella sua costituzionalità, bensì esclusivamente a mettere di rilievo il carattere dubbioso della sua costituzionalità. In questione, è dubbioso che questo investimento del carico della prova compia il contenuto essenziale del diritto di difesa ex articolo 24.2 della Costituzione spagnola. Tuttavia, insistiamo, non facciamo qui un studio su se effettivamente la norma è incostituzionale o no, né alleghiamo giurisprudenza costituzionale o litigiosa per che ci basta con risaltare il dubbio, e pertanto la minaccia alla Costituzione. La giurisprudenza può cambiare, e la percezione di ogni ordine costituzionale anche. Il Tribunale Costituzionale può ammettere oggi questo o la cosa altra, e l'ordine oggi questo o la cosa altra, e l'ordine costituzionale di un altro Stato, perfino democratico di Diritto, può ammettere senza problemi la cosa inaccettabile in nell'ordinamento del vicino. E le norme sopranazionali, comprensibilmente, non si elaborano pensando di compiere tutti gli ordinamenti costituzionali, bensì in ogni caso genericamente coi principi giuridici degli Stati di Diritto. La minaccia alla Costituzione sta nell'esistenza di norme giuridiche che la contraddicono, ma il cui efficacia non può fermare. La soluzione, al nostro modo di vedere, sta in sottometerli a controllo. E è qui dove si erige il nuovo difensore della Costituzione che è a sua volta il "guardiano" delle porte costituzionali: il Giudice ordinario predeterminato per la Legge.

Perciò, si può dire che le nostre lettere stanno già sul tavolo. Il nostro progetto è il seguente: le norme sopranazionali devono essere accettate per la sua applicazione nell'ordinamento giuridico costituzionale, purché superino un controllo di costituzionalità il cui responsabilità ricade sul Giudice ordinario. Proponiamo così un controllo diffuso, simile al controllo costituzionale nordamericano e differente del controllo di costituzionalità di radice kelseniana, benché non si opporsi a quello. In realtà, il controllo diffuso è necessario perché la problematica delle norme sopranazionali apparirà nei casi concreti che può risolvere solo il Giudice ordinario, ma è altrettanto certo che questi conteranno sullo stesso sistema di risorse interne in materia costituzionale che dispone già l'ordinamento, se è che è così. In questo modo, nel Diritto spagnolo, il Giudice ordinario può esporre questione di costituzionalità al Tribunale Costituzionale che tuttavia in questo caso sarà difficilmente snodabile in una norma sopranazionale, poiché è requisito di ammissione che la questione verta sulla costituzionalità di una norma con rango di Legge, articolo 35 della Legge Organica 2/1979, di 3 di ottobre, del Tribunale Costituzionale, come è logico in un sistema di difesa costituzionale di origine kelseniano. La difesa della Costituzione rimane pertanto in mani del Giudice ordinario di fronte al quale si alleghi l'applicazione della norma sopranazionale. Orbene,



nemmeno mediante la sua ammissione nel sistema, tale e come abbiamo stabilito più su, può attribuirsi alle norme sopranazionali la legittimità democratica. Per quel motivo nel Diritto Globale non parliamo propriamente di legittimità, destino di legittimazione. Per legittimità capiamo una qualità che ostentano solo le norme interne dell'ordinamento costituzionale mentre solo esse sono state create per un procedimento stalmente valido e di carattere democratico. Per legittimazione capiamo un procedimento mediante il quale si depura una norma esterna al sistema per assicurare il suo rispetto, cioè, in termini di argomentazione giuridica, assenza di incoerenze, all'ordinamento costituzionale, quello che trasforma in ammissibile la sua integrazione nel sistema giuridico costituzionale come norma applicabile e che può spiegare effetti. Non ammettiamo, pertanto, che esistano "gradi" o "livelli" di legittimità, bensì una sola legittimità democratica e, separato di questa, un procedimento di legittimazione che non converte alle norme in democratiche, l'unico procedimento che riesce questo è l'iter della norma sopranazionale per il procedimento interno di elaborazione ed approvazione di norme, ma li converte in legittimate per potere essere efficaci dentro il sistema giuridico, sempre mediante un sistema di decisioni casistiche che rimane in mani del Giudice ordinario, e è pertanto un controllo diffuso.

Il procedimento in questione può derivare in tre risposte da parte del Giudice: bene la norma si ammette come compatibile con l'ordine giuridico costituzionale, bene la norma allegata non è ammessa per la sua incompatibilità col sistema costituzionale, oppure si imporsi un'interpretazione conforme. A questa ultima opzione le dedichiamo una certa attenzione. In quello che riguarda all'interpretazione conforme della norma sopranazionale, questo ultimo appunto consiste nella cosa seguente. Nel Diritto pubblico statale, l'interpretazione conforme della norma alla Costituzione ha sofferto un'importante espansione che naturalmente ha anche la sua corrente critica. Questa corrente critica sostiene, molto resumidamente che l'interpretazione conforme assume come presupposto logico l'applicabilità concreta della normatividad astratta propria della Costituzione, e che ha come conseguenza un attivo interventismo giudiziale, non solo da parte del Tribunale Costituzionale, ma specialmente per questo, perché concretizzare la costituzionalità della norma in una determinata interpretazione di tra molti incostituzionali possibili esige un'attività di elezione da parte del Giudice, e come tale di costruzione della norma stessa, - forse - allontanandola dalla volontà del legislatore democratico.

Si proporsi allora che l'interpretazione conforme si diminuisca ad ipotesi nelle quali serve per escludere una certa interpretazione, e non ferma affermare un'interpretazione improbabile di tra molti inaccettabili per incostituzionali, nel qual caso sarebbe preferibile dichiarare la norma incostituzionale. Rodríguez di Santiago ha proposto un esempio recente dell'ordinamento giuridico spagnolo che risulta tanto suggestivo come chiarificatore, e che riproduciamo qui brevemente. Questo esempio è precisamente, già la celeberrimo STC 31/2010, di 28 di giugno che, come è ben

conosciuto, risolve l'incostituzionalità di certi precetti della Legge Organica 6/2006, di 19 di Luglio, di riforma dello Statuto di Autonomia della Catalogna. In questa sentenza, il Tribunale Costituzionale spagnolo ricorse reiteradamente all'interpretazione conforme per esigere che determinati precetti dello Statuto di Autonomia fossero applicati esclusivamente costituzionalmente nel suo senso ammissibile. Per alcuni critichi della sentenza, questa tecnica servì per salvare dell'incostituzionalità questi precetti, ammettendoli in alcuna delle sue interpretazioni possibili, benché questi fossero abbastanza recondito tanto alla luce della letteralità del precetto come in quello stato di coscienza soggettivo incoerente ed inaprensibile per l'exégeta giuridico - che tuttavia si sforza in costruirlo - che è la volontà del legislatore.

Diventa così il Giudice costituzionale, o per lo meno la Corte Costituzionale, perché è più difficile ancora ammettere perfino in questa tessitura al Giudice del più alto rango, non solo in un legislatore negativo kelseniano bensì in tutto un secondo legislatore, quello che potremmo chiamare un "post-legislatore." Il post-legislatore sarebbe quell'operatore giuridico incaricato di razionalizzare la volontà apparente del legislatore propriamente detto una volta che questa si è espressa già validamente mediante norma applicabile, ammettendo che questo ultimo è entrato progressivamente in una spirale di caos nella sua attività legislativa, tanto in fondo come nella forma. Attualmente vediamo sempre di più al juzgador - e non solo al costituzionale - in quella carta di post-legislatore, e lo vediamo malvolentieri, formati naturalmente la trinità di Democrazia-costituzione-legge. Tuttavia, ancora quando la questione rimane aperta perfino nel Diritto interno dello Stato di Diritto Democratico, la funzione del post-legislatore è stata potenziata nei Tribunali Internazionali di Diritti umani e nei Tribunali Europei, e non ci sta dubbio che sarà indispensabile nel procedimento giudiziario delle norme private sopranazionali, dove questa carta l'occuperà il Giudice ordinario, puntello di tutto il nostro sistema della teoria delle norme di Diritto Globale.

In realtà, la critica esposta all'interpretazione conforme è più che ragionevole in quelli casi nei che si contrapporsi il legislatore democratico al Giudice: le decisioni su politica legislativa devono rimanere in mani di questo ultimo, e non in quelle del juzgador. E quello che sappiamo già che, ci piaccia o non - e piuttosto ci disgusta - questo nella pratica dello Stato di Diritto Democratico contemporaneo è sempre di più difficile da affermare, davanti ad un cattivo legislatore, della sua qualità politica poco si può dire qui che inoltre legifera in abbondanza ed ancora in eccesso. Veramente, la "partecipazione attiva" del juzgador in un processo legislativo che finisce sempre nell'applicazione della norma nel caso concreto - e non nella sua approvazione, la sua promulgazione, la sua pubblicazione o la sua entrata in vigore - è difficile da ammettere *a priori* alla luce della nostra formazione giuridica, ma anche difficile da negare *a posteriori* alla luce della realtà di un sistema giuridico in costante degenerazione.

Nella dogmatica delle norme sopranzionali, tuttavia, la situazione è differente, o per meglio dire, simile, ma di differente risposta. In esse il peso del controllo democratico non sta spesso fuori nel suo legislatore, sopranzionale, privato, di ogni controllo, bensì precisamente nel Giudice. La situazione è pertanto inversa. Il cittadino corporativo creda norme, e queste non possono esigere non solo al Giudice la sua astensione in virtù della sua natura democratica, ma il Giudice deve intervenire precisamente attivamente per garantire la natura democratica di queste norme.

Così, se esigiamo un controllo di costituzionalità stretto con un'interpretazione conforme ristretta alle norme sopranzionali, poche di esse passeranno il filtro, per la semplice ragione che non sono pensate per incastrare nel sistema costituzionale spagnolo o in qualunque altro. La sua applicazione esige un esercizio di flessibilità interpretativa, nel quale possono essere flessibili tanto la Costituzione come la norma sopranzionale, ma preferibilmente questa ultima. Si può dire che la Costituzione del secolo XXI, benché norma giuridica, deve essere in un certo senso flessibile, adattabile, o per così dirlo, "plastica." Ma molto più "plastica" e malleabile sarà la norma sopranzionale che dovrà essere quella che soffra le maggiori alterazioni via interpretazione giudiziale, purché la rigidità minima esigibile della Costituzione l'esiga. Così, un'interpretazione conforme flessibile significa né più né meno che lo spostamento del peso della flessibilità verso la norma sopranzionale che sarà incattivita per il Giudice fino a trovare l'interpretazione ammissibile rispetto alla Costituzione - ed al resto di norme imperative dell'ordinamento con rango di Legge - benché questa interpretazione vada in contro perfino del senso letterale della norma stessa. In questo modo quello che risulta aberrante nel contesto del Diritto dello Stato, la flessibilità dell'interpretazione della Legge da parte del Giudice, è tuttavia indispensabile nell'ambito delle norme sopranzionali, dove il Giudice carica col peso di garantire l'ammissibilità democratica della norma. Col risultato che il Giudice nell'applicazione del Diritto Globale si converta, giusta e necessariamente, in una post-legislatore globale, e per ende anche, nel nuovo difensore della Costituzione.

Sappiamo ora che le norme private sovranazionali sono la manifestazione normativa del Diritto Globale. Come tali, condividono il suo natura soprastatale, topica, ibrida e recepticia. Perché bene, la chiave metodologica sta in elaborare una dogmatica di queste norme, astraendo le sue caratteristiche comuni. Per riuscire questo obiettivo, abbiamo elaborato un concetto di cittadino corporativo, che sarà il creatore delle norme private sovranazionali, l'individuo privato che esercita spontaneamente la potestà normativa, e che deve essere il centro di imputazione della responsabilità derivata dell'applicazione delle norme internazionali. Abbiamo distinto anche le norme sopranzionali ed il Diritto Globale di altri fenomeni di Diritto extra-statale. In concreto, le norme sopranzionali devono distinguersi delle norme giuridico-pubbliche di efficacia sopranzionale, fondamentalmente, le norme transnazionali. La distinzione rispetto alle norme derivate delle organizzazioni internazionali è più sottile e sembra che, lì dove un'organizzazione internazionale

esercita dubbiosamente un potere normativo motivato nel suo trattato costitutivo, le norme risultanti tendono a convergere nella sua natura con le norme sopranazionali. Dello stesso modo, abbiamo tentato di apportare una risposta al problema della incorporazione delle norme sopranazionali nel Diritto dello Stato, mediante la teoria dell'accoglienza. La norma internazionale dovrà essere ricevuta in primo luogo per l'individuo al quale gli risulta applicabile, e solo dopo allegata nel processo giudiziale, e sempre mediante la dovuta prova nel processo di detta accoglienza. Solo una volta provata l'accoglienza il Giudice passerebbe ad analizzare la conformità della norma col sistema giuridico interno, e finalmente la risoluzione del conflitto normativo che possa produrre con la norma interna. Finalmente, abbiamo dedicato una critica alla qualificazione delle norme sopranazionali come "standard" o norme di *soft law* che è una delle forme che abitualmente adottano le norme sopranazionali. Nella nostra opinione, il Diritto soffice non è più che una dichiarazione degli effetti receptici della norma. Di questa maniera, se il Diritto soffice è applicato da qualche individuo particolare, il cittadino corporativo creatore della norma si vedrà sommerso a responsabilità, cosa che si eviterebbe assumendo acriticamente la non natura vincolante delle norme private sovranazionali.

In secondo posto, è necessario distinguere anche il Diritto sopranazionale, termine che ci risulta più descrittivo ed esatto che globale, benché lo consideriamo equivalente, di altri fenomeni di internazionalizzazione, come la propria internazionalizzazione del Diritto pubblico territoriale che spesso raggiunge effetti extraterritoriali. A questo fenomeno preferiamo denominare la cosa *Destra transnazionale*, ma non smette di essere una manifestazione del Diritto statale. Il Diritto Globale, al contrario, non ha bene immobile territoriale, ma in realtà è essenzialmente sopraterritoriale. Così, le norme sopranazionali di origine privata, come quegli elaborate per le entità sopranazionali di normalizzazione o standardizzazione, singolarmente, le norme ISO, non hanno un vincolo territoriale concreto. Ugualmente, si rivela qui un altro degli elementi essenziali del Diritto Globale, l'ibridazione tra elementi di Diritto pubblico e Diritto privato. Entrambi i tratti, insieme all'accoglienza delle norme sopranazionali da parte dei propri individui ai quali devono applicarsi. In questo senso, l'Unione Europea, crediamo, sta in una posizione di transizione tra il Diritto Internazionale Pubblico ed il Diritto sopranazionale, benché la predominanza degli Stati imponga una maggiore vicinanza al primo. Come conclusione, abbiamo tentato di identificare il titolare della potestà della difesa dell'ordine costituzionale dello Stato di fronte alle norme sopranazionali, o quello che è la stessa cosa, al difensore della Costituzione: il Giudice ordinario. Le norme internazionali propugnano un avvicinamento topico ai problemi che regolano, di lì la sua flessibilità ed adattabilità a questi. Per quel motivo non esiste un sistema di Diritto Globale, perché non è in assoluto un sistema, ma sì che esiste un fenomeno del Diritto Globale che è in realtà un insieme di fenomeni individuali. Le norme internazionali, topiche, devono essere pertanto sussunte nel sistema

di Diritto interno dello Stato. Questo è quello che spiega che ancora a giorno di oggi lo Stato e la sua potestà legislativa territoriale abbiano preminenza: solo lo Stato-legislatore sta in condizioni di generare un sistema giuridico propriamente detto, con un insieme organizzato di principi e garanzie giuridiche che le norme internazionali dovranno compiere. Il procedimento di legittimazione, allora, si tradursi nel procedimento di integrazione delle norme sopranazionali "topiche" dentro il sistema giuridico statale, per mezzo del controllo al che deve sottomettere la norma il difensore della Costituzione, il Giudice ordinario.

## BIBLIOGRAFÍA.

- ABBOTT, K.W./SNIDAL, D. (2000): Hard and Soft Law in international Governance, *International Organization*, 54.
- ABBOTT, K.W./SNIDAL, D. (2001): International “Standards” and International Governance, *Journal of European Policy* 8, pp. 345-370.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013): *Derecho Civil*, V volúmenes, Madrid: Edisofer.
- ALEXY, R (1989): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid: CEC.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991): *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid: Civitas.
- ALKAN OLSSON, I. (2013): Four Competing Approaches to International Soft Law, *Scandinavian Studies in Law*, n.58, pp. 178-196.
- ALLI ARANGUREN, J. C. (2004): *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004.
- ALLISON, L. (coord). (2005): *The Global Politics of Sport. The role of Global Institutions in Sport*, Routledge: Londres.
- ALMOGUERA CARRERES, J. (2002): *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid: Reus.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V. (1998): La capacidad normativa de los sujetos privados, *REDA*, 99.
- ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.) (2006), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid: Edersa.
- AMAN, A. C. (1999): Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy, and the Furtherance of a Global Public Interest, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 6.
- AMAN, A.C. (2001): The Limits of Globalization and the future of Administrative Law: From Government to Governance, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 8.
- ANDRÉS SAEZ DE SANTAMARÍA, P. (2010): Las dinámicas del Derecho internacional en el siglo XXI: acordes y desacordes, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, AEPDIRI, Iustel, Universidad de la Rioja, Madrid, pp. 29-57 y pp. 81-103.

- ANTHONY, G./AUBY, J.B./MORISON, J./ZWART, T. (2011): *Values in Global Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, pp. 2-3.
- ARAGÓN REYES, M. (2011): *Temas Básicos de Derecho constitucional*, Pamplona: Civitas, 2ª ed.
- ARAGÓN REYES, M (1998): *Estudios de Derecho constitucional*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales.
- ARIÑO ORTIZ, G. (1993): *Economía y Estado, Crisis y reforma del Sector Público*, Madrid: Marcial Pons.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2004): *Principios de Derecho Público Económico*, Granada: Comares.
- AUBY, J.B. (2008): Is legal globalization regulated? Memling and the business of baking camels, *Utrecht Law Review*, 4-3.
- AUBY, J. B. (2013): *La Globalización, el Derecho y el Estado*, Editorial Derecho global, Global Law Press, Sevilla [*La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, 2003].
- BACKER, L.C. (2011): Private Actors and Public Governance Beyond the State: The Multinational Corporation, the Financial Stability Board and the Global Governance Order, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 18.
- BADURA, P. (1966): Bewahrung und Veränderung demokratischer Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, *VVDStRL*, 23, pp. 34-104.
- BAER, S. (2004): Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnisinstrumente und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, en SCHMIDT-ABMANN, E./HOFFMANN-RIEM, W. (Coords.) (2004): *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, p. 225.
- BALLBÉ, M. (2007): El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización, *RAP* 174.
- BALLBÉ, M. y MARTÍNEZ, R. (2010): Law and Globalization: Between the United States and Europe; en ROBALINO ORELLANA, J./RODRIGUEZ-ARANA, J. (Eds.) (2010): *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, Cameron May: Londres.
- BALLESTEROS GARRIDO, J.A. (1999): *Las condiciones generales de los contratos y principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona: Bosch.
- BANERJEE, S. B. (2008): Corporate social responsibility: The good, the bad and the ugly, *Critical Sociology*, 34(1), pp. 51-79.

- BATTINI, S. (2003): *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, Giuffré.
- BATTINI, S. (2005): International Organizations and Private Subjects: A Move Toward A Global Administrative Law?, *IJL Working Paper*, 2005/3, pp. 2-31.
- BATTINI, S. (2006): The Globalization of Public Law, *European Review of Public Law*, 18, 1.
- BATTINI, S. (2007): Political fragmentation and administrative integration: the role of the international civil service, en A.A.V.V. (2007): *International administrative tribunals in a changing world*, Esperia Publications Ltd, London.
- BATTINI, S. (2008): Le due anime del diritto amministrativo globale, en BATTINI, S./D'AURIA, G./DELLA CANANEA, G./FRANCHINI, C./MASSERA, A./ MATTARELLA, B.G./ NAPOLITANO, G./ SANDULLI, A./ TORCHIA, L./ VESPERINI, G. (Eds.) (2008): *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffré, Milano, pp. 2-22.
- BATTINI, S. e VESPERINI, G. (coords.) (2008): I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi, *Quaderni de la Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 4, Giuffrè, Milano.
- BAUMAN, Z. (2003): *La globalización: consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica de España [traducción al español del original de 1998, *Globalisation: The Human Consequences*, Columbia University Press, New York].
- BAYÓN, J.C. (2009): Internacionalización del Derecho y Metodología Jurídica, en DE FIGUEIREDO DIAS, J. *et al.* (2009): *Internacionalização do Direito no novo século*, Coimbra: Boletim da faculdade de Direito, Coimbra Editora.
- BELL, J. (1994): Comparative Law and Legal Theory, en KRAWIETZ, W./MACCORMICK, N./ VON WRIGHT, G.A. (Eds) (1994): *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, Duncker & Humblot, Berlin.
- BELLOSO MARTÍN, N. (2013): Algunos efectos perversos de la globalización: las empresas multinacionales y el deber de respeto de los estándares mínimos internacionales de Derechos Humanos, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 1-31.
- BENVENISTI, E. (2005): The Interplay between Actors as a Determinant of the Evolution of Administrative Law in International Institutions, *Law and Contemporary Problems* 68.
- BERTHÉLEMY, H. (1913): *Traité élémentaire du Droit Administratif*, Paris: Rousseau.



- BIAGGINI, G. (2008): Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, *VVDStRL* 67.
- BIX, B. (2003): Algunas reflexiones sobre metodología en Teoría del Derecho, *Doxa*, n. 26, pp. 609-633.
- BLACK, J. (2005): Decentring regulation: The role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world, *Current Legal Problems* 54, pp. 103-146.
- BLACK, J. (2007): Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes, *ILLJ Working Paper* 2007/12.
- BOBBIO, N. (1988): Derechos del hombre y filosofía de la Historia, *Anuario de Derechos Humanos*, núm 5.
- BOBBIO, N. (1990): *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid: Debate.
- BOBBIO, N. (2006): *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, 12ª reimpresión de la edición traducida del original en italiano de 1985, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- BOCANEGRA SIERRA, R./GARCÍA LUENGO, J. (2008): Los actos administrativos transnacionales, *RAP* 117, pp. 9-29.
- BOWNES SAYRS (1931): *Les transformations du Droit Administratif International*, Paris.
- BRUSIIN, O. (1966): *La objetividad de la jurisdicción*, Córdoba: Universidad Nacional.
- BÜTHE, T./MATTLI, W. (2011): *The new global rulers. The privatization of Regulation in the World Economy*, Princenton University Press, Princenton, Oxford, 2011, pp. 5 y 19-20, que se refieren explícitamente a la existencia de una “delegation of regulatory authority”.
- BYRNES, R. y LAWRENCE, P. (2015): Can ‘Soft Law’ Solve ‘Hard Problems’? Justice, Legal Form and the Durban-Mandated Climate Negotiations, *The University of Tasmania Law Review*, Vol 34, No 1, pp. 34-67.
- CAFAGGI, F. (coord.) (2006): *Reframing self-regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, The Hague.
- CALIGURI, A. (2007): La ricostruzione dei principi generali di diritto da parte dei tribunali penali internazionali. In: *Rivista di diritto internazionale*, núm. 90 (2007), pp. 1079-1105.
- CANARIS, C.W. (1998): *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid.

- CANARIS, C.W. (1995): *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Madrid: Civitas.
- CARRILLO DONAIRE, J.A. (2000): Nulidad de los Reglamentos por incumplimiento de las obligaciones de la directiva 98/34/CE. La doctrina del TJCE sobre la “inoponibilidad” frente a terceros de las reglamentaciones técnicas no notificadas. Consecuencias y evolución reciente de la jurisprudencia “CIA Security”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº. 37.
- CASINI, L. (2010): *Il diritto globale dello sport*, Milano, Giuffrè, 2010.
- CASTÁN TOBEÑAS, J (1986): *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. I Vol. I, Madrid: Reus.
- CHAUNU, P. (2005), *La España de Carlos V*, Madrid: RBA (1ª ed. de 1976 en Península).
- CARDUCCI, M (2014): Una riflessione sulla utilità della semantica di Otto Hintze nel cosiddetto “cambio di paradigma” del diritto amministrativo, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, v.1, n.2, pp. 280-289.
- CAROTTI, B. (2007): L'ICANN è la *Governance* di l'Internet, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, p. 681-721.
- CAROTTI, B. (2016): *Il sistema di governo di Internet*, Milano: Giuffrè.
- CARRÉ DE MALBERG. R. (1998): *Teoría General del Estado*, traducción del original en francés de 1922, México D. F.: Fondo de Cultura Económica. Ed. en Francés: CARRÉ DE MALBERG (1920): *Theorie General de L'État*, París: Recueil Sirey.
- CARROLL, A.B. y SHABANA, K.M. (2010): The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice, *International Journal of Management Reviews*, pp. 85-105.
- CASSESE, S. (2002): Lo spazio giuridico globale, en *Rivista Trimestrale de diritto pubblico*, pp. 323 y ss. [CASSESE, S. (2002): El espacio jurídico global, en *Revista de Administración Pública*, núm. 157 CEPC, Madrid.]
- CASSESE, S. (2004): Shrimps, Turtles and Procedure: Global Standards for National Administrations, *IIIJ Working Paper* 2004/4.
- CASSESE, S. (2005a): Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation, *New York University Journal of International Law and Politics* 37.
- CASSESE, S. (2005b): “The globalization of Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 37.

- CASSESE, S. (2006a): *La globalización jurídica*, Marcial Pons, Madrid [*Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2002]
- CASSESE, S. (2006b): *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Editoriale scientifica, Napoli.
- CASSESE, S. (2007a): "Nel labirinto delle globalizzazioni", *lezione tenuta presso il Centro per la storia del pensiero giuridico moderno dell'Università di Firenze*, 2 maggio 2007.
- CASSESE, S. (2007b): La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale, *relazione tenuta – in versione francese – presso la Corte di Cassazione francese, nell'ambito del ciclo di conferenze sul diritto europeo organizzate in occasione del cinquantesimo anniversario del Trattato di Roma*, Parigi, 11 giugno 2007.
- CASSESE, S./CAROTTI, B./CASINI, L./MACCHIA, M./MACDONALD, E./SAVINO, M. (Eds.) (2008): *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, IILJ, [<http://www.iilj.org/gal/documents/GALCasebook2008.pdf>].
- CASSESE, S. (2009a): *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, p. 11 (hay traducción española de GUTIÉRREZ ALONSO, J.J.: CASSESE, S. (2010): *El Derecho global. Justicia y democracia más allá del Estado*, Editorial Derecho global, Global Law Press, Sevilla.
- CASSESE, S. (2009b): *I Tribunali di Babele, I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma.
- CASSESE, S. (2010): Is There a Global Administrative Law?, en VON BOGDANDY, A./WOLFRUM, R./VON BERNSTOFF, J./DANN, P./GOLDMANN, M. (Eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Springer, Heidelberg, p. 761.
- CASSESE, S. (2015): *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 5<sup>a</sup> ed, Milán: Giuffrè Editore.
- CASTIGNONE, S. (1977): "Legalità, legittimità, legittimazione", *Sociologia del Diritto*, n. IV, págs. 19-38.
- CATANIA, A. (2006): Trasformazioni del diritto in un mondo globale, *Ars Interpretandi*, núm. 11 (2006), pp. 71-87.
- CHEVALIER, J. (2001): Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation? en MORAND, C.-A. (Dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant.
- CHIMNI, B.S. (2005): Co-option and Resistance: Two faces of Global Administrative Law, *New York University Journal of International Law and Politics* 37, pp.799-827.

- CHITI, E. (2008): La ciencia del derecho administrativo e il diritto pubblico ultrastatale, *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, a cura di Luisa Torchia, Edoardo Chiti, Aldo Sandulli e Rita Perez, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 229 ss.
- CHITI, E. (2010): Organización europea y organización global: elementos para una comparación, en PONCE SOLÉ, J. (coord.) (2010): *Derecho administrativo global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP- Marcial Pons, Madrid.
- CHITI, E. y FRANCHINI, C. (2003): *L'integrazione amministrativa europea*, Il Mulino, Bologna.
- CIURO CALDANI, M.A. (2006): Filosofía y sistema del Derecho de la Integración (El complejo problemático del Derecho de la Integración. Hacia la autonomía científica del Derecho de la Integración), *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n. 29, pp. 27-48.
- CIVITARESE MATEUCCI, S. (2014): Some remarks on methodology in legal studies in the light of the challenges that globalization poses to legal doctrine, *Revista Catalana de Dret Public*, n. 48, pp. 119-134.
- CLAESSENS, S. y KODRES, L. (2014): The Regulatory Responses to the Global Financial Crisis: Some Uncomfortable Questions, *International Monetary Fund Working Paper*, n. 14/46.
- COCCIOLO, E. (2013), Crisis Económica, Capitalismo Regulador y Cooperación Administrativa Internacional, PIÑAR MAÑAS, J. L. (Coord.) (2013): *Crisis económica y crisis del estado de bienestar. El papel del Derecho administrativo*, Editorial Reus, Madrid.
- COING, H. (1961): *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- COLMEIRO, M. (1876): *Derecho administrativo Español*, Madrid: Eduardo Martínez.
- COLOM GONZÁLEZ, F. y RIVERO RODRÍGUEZ, A. (2015): *El espacio político*, Madrid: Anthropos.
- COLOMER MARTÍN-CALERO, J.L. (2001): Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal, *Doxa*, n. 24.
- COURTIS, C. (ed.) (2016): *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid: Trotta.
- DANN, P./VON ENGELHARDT, M. (2011): The Global Administrative Order Through a German Lens: Perception and Influence of Legal Structures of Global Governance in Germany, *German Law Journal* 12.

DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2005): *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Madrid: Marcial Pons.

DARNACULLETA GARDELLA, M.M./SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. (2010): Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera, *RAP* 183, pp. 139-177.

DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2011): Recensión de MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C. (Eds), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, 426 págs., *RAP* 185.

DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2014a): El Derecho administrativo global: Un nuevo concepto clave del Derecho administrativo, *IV Seminario de Teoría y Método*, Barcelona, 28 de noviembre de 2014, pp.1-28.

DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2014b): Los instrumentos de regulación bancaria en el sistema de fuentes del Derecho, en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. (Dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Aranzadi, Pamplona, pp. págs. 131-183.

DARNACULLETA GARDELLA, M.M./LEÑERO BOHÓRQUEZ, R. (2014): Crisis financiera y crisis democrática: la regulación financiera internacional mediante redes de supervisores, en PERDICES HUETOS, A.B./JUAN ANDRÉS RECALDE CASTELLS, J.A./TIRADO, I (Coords.), *Crisis y Reforma del Derecho Financiero*, Thomson-Reuters, pp. págs. 177-195.

DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I. (2015): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons.

DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2015): Autorregulación normativa y Derecho en la Globalización, en DARNACULLETA GARDELLA, M.M./ESTEVE PARDO, J./SPIEKER GEN. DÖHMANN (2015): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.

DAVEY, W. (1991): The WTO/GATT World Trading System: An Overview, en PESCATORE, P./DAVEY, W./LOWENFELD, A. (Eds.) *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement*, Kluwer law international.

DE ARCENEGUI, I. (1976): El nuevo Derecho de Minas, *Revista de administración pública*, nº 78, 1975, págs. 117-221.

- DE BELLIS, M. (2010): Public Law and Private Regulators in the Global Legal Space, *The new Public Law in a Global (dis)order. A perspective from Italy*, Jean Monnet Working Paper 17/10.
- DE BELLIS, M. (2012): *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano: Giuffrè.
- DE BÚRCA, G. (2008): Developing Democracy beyond the State, *Columbia Journal of Transnational Law* 46.
- DE CASTRO Y BRAVO, F (1955): *Derecho Civil de España*, T. I y II, Madrid: Centro de Estudios Políticos, 3ª ed.
- DE FIGUEIREDO DIAS, J. *et all.* (2009): *Internacionalização do Direito no novo século*, Coimbra: Boletim da faculdade de Direito, Coimbra Editora.
- DE JULIOS CAMPUZANO, A. (2004): Culturas jurídicas y Globalización: Presupuestos metodológicos de un Derecho cosmopolita, *Derechos y Libertades*, n. 13, pp. 217-239.
- DE VERGOTTINI, G. (2006): Garanzia dell'identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione. C. AMATO, G. PONZANELLI (eds.), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*. Torino, Giappichelli, pp. 6-18.
- DE VERGOTTINI, G. (2010): *Más allá del diálogo entre Tribunales*, Madrid: Civitas.
- DEL TORO HUERTA, M.I. (2006): El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, pp. 513-549.
- DI FABIO, U. (1998): *Das Recht offener Staaten*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- DI ROBILANT, A. (2013): Genealogies of Soft Law, *Scandinavian Studies in Law*, n.58, pp. 218-268.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2010): *Sistema de Derecho civil*, Madrid: Tecnos.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (2008): *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Civitas.
- DÍEZ SASTRE, S. (2015): La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho público, *RJUAM*, n.31, pp. 105-135.
- DOMINGO OSLE, R. (2006): ¿Por qué un Derecho global?, en DOMINGO, R./SANTIVÁÑEZ, M./CAICEDO, A. (Coord.), *Hacia un Derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Thomson-Aranzadi, Navarra, p. 24.
- DOMINGO OSLE, R. (2008): *¿Qué es el Derecho global?*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- DOMINGO OSLE, R. (2009): La pirámide del Derecho global, *Persona y Derecho* 60.

- DOMINGO OSLÉ (2012): Gayo, Vattel y el nuevo paradigma jurídico global, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 96, pp. 99-123.
- DUGUIT, L. (1916): *Las transformaciones del derecho público*, Madrid: Francisco Beltrán.
- DURNER, W. (2007): Internationales Umweltverwaltungsrecht, en MÖLLERS, C./VOSSKUHL, A./WALTER, C (Eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen .
- DYZENHAUS, D. (2009): Accountability and the Concept of Global Administrative Law, en CORDER, H. (Coord.), *Global Administrative Law: Innovation and Development*, Kapstadt.
- EMBED TELLO, A. E. (2016): Retos de la relación Ciencia-Derecho: la procedimentalización de la evaluación de riesgos en la Unión Europea, en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I. (2016): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons.
- ENGISCH, K. (1968): *La idea de la concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales*, Pamplona: UNAV.
- ESCANCIANO GARCÍA-MIRANDA, C. y SANTOS VIJANDE, M.L. (2015): Gestión de la seguridad alimentaria en la empresa española: implicaciones de la adopción de la ISO 22000, *Economía industrial*, n° 398 (Ejemplar dedicado a: Análisis económico del derecho), págs. 167-178.
- ESSER, J. (1961): *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona: Bosch.
- ESTEVE PARDO (2002): *Autorregulación: Génesis y efectos*, Pamplona: Aranzadi.
- ESTEVE PARDO, J. (2012): La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria, *RAP* 189.
- ESTEVE PARDO, J. (2015): *Estado garante. Idea y realidad.*, Madrid: INAP.
- ESTEVE PARDO, J. (2015): La Administración garante. Una aproximación, *Revista de administración pública*, n° 197, pp. 11-39.
- ESTEVE PARDO, J. (2015): Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias de Derecho público, en DARNACULLETA GARDELLA, M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I. (2015): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons.
- ESTY, D. C. (2006): Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law, *The Yale Law Journal* 115, pp. 1490-1560.

- FAJARDO BERRUGA, P. (2016): Minería espacial, *Tierra y Tecnología*, 14 de noviembre de 2016, disponible en <http://dx.doi.org/10.21028/pfb.2016.11.14>.
- FERRAJOLI, L. (1996): Beyond Sovereignty and Citizenship: a Global Constitutionalism, en BELLAMY, R. (Ed.) (1996): *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Avebury: Aldershorst/Brookfield.
- FERRAJOLI, L. (2011): *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, tomo I, Madrid: Trotta.
- FERRARESE, M. R. (2000): *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna: il Mulino.
- FERRARESE, M. R. (2006 a): Il diritto sconfinato. Roma-Bari, Laterza.
- FERRARESE, M. R. (2006 b): Drafting e traduzione: un'insolita accoppiata. Si può scrivere il diritto in molte lingue?, «*Ars Interpretandi*», 11 (2006), pp. 177-195.
- FERRARESE, M. R. (2012): “Il Paradosso contemporaneo”, *Nomos*, núm. 2-2012, Roma.
- FIGUEROA MÁRQUEZ, D. (2001): Derecho Minero, *Revista Mexicana de Derecho*, n. 3, págs. 71-89.
- FISCHER-LESCANO, A./LISTE, P. (2005): Völkerrechtspolitik. Zu Trennung und Verknüpfung von Politik und Recht der Weltgesellschaft, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 2.
- FISCHER LESCANO, A. (2008): Transnationales Verwaltungsrecht. Privatverwaltungsrecht, Verbandsklage und Kollisionsrecht nach der Aarhus Convention, *Juristenzeitung* 63.
- FRIGO M., La circolazione internazionale dei beni culturali, Milano, Giuffrè, 2001.
- GADAMER, H.G. (1977): *Verdad y Método*, Salamanca: Sígueme.
- GALGANO, F. [2005], La globalizzazione nello specchio del diritto. Bologna, il Mulino.
- GARCÍA AMADO, J.A. (1987): Tópica, Derecho y Método Jurídico, *Doxa*, n. 4, pp. 161-188.
- GARCÍA AMADO, J.A. (1985): Teorías del Sistema Jurídico y concepto de Derecho, *AFD*, n. 2, pp. 297-316.
- GALLEGRO ANABITARTE, A. (1961): Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. Una Contribución a la teoría del Estado de Derecho. *Revista de administración pública*, N° 34, 1961, págs. 11-52.



- GALLEGO ANABITARTE, A. (1962): Sobre el comentario constitucional. Prolegómenos metodológicos al Derecho estatal, *Revista de Estudios Políticos*, N° 121, pág. 137 y ss.
- GALLEGO ANABITARTE, A. (1971). *Administración y jueces gubernativo y contencioso : reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el estado constitucional, y los fundamentos del Derecho administrativo español*, MADRID: Instituto de Estudios Administrativos.
- GALLEGO ANABITARTE, A. (1971): *Ley y Reglamento en el Derecho Público occidental*. Madrid: IEA.
- GALLEGO ANABITARTE, A. (1992). *Constitución y personalidad jurídica del Estado*. Madrid: Tecnos.
- GALLEGO ANABITARTE, A. (1996): La discusión sobre el método en Derecho público durante la República de Weimar (Ciencias del espíritu y método jurídico), *Revista Española de Derecho Constitucional*, 46.
- GALLEGO ANABITARTE, A., *et alli.* (2000), *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización*, Madrid: Marcial Pons.
- GALLEGO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ REXACH, A., *et alli.* (2001), *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- GALLEGO ANABITARTE, A. (2009). *Poder y derecho: Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX*, Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (1981): *Legislación delegada, potestad Reglamentaria y control judicial*, Madrid: Tecnos.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (1994): *La lengua de los derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid: Alianza Universidad.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2006): *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2011): *Democracia, Ley e Inmunidades del Poder*, Pamplona: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2011): *Curso de Derecho administrativo*, Madrid: Civitas, (Vols. I y II) 15ª ed.
- GARCÍA INDA, A. (2001): Cinco apuntes sobre derecho y postmodernidad, *Doxa*, n. 24, pp. 1-39.

- GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE, P. (2016): Tópica y doctrina del Consejo de Estado (sobre una manera jurídica de razonar), en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm 60.
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2012): Responsabilidad social empresarial y autorregulación: los códigos de conducta y las fuentes del Derecho, *BMJ*, n. 2141.
- GARCÍA SAEZ, J.L. (2016): Reseña de GARCÍA PASCUAL, Cristina. Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 32, pp. 550-553.
- GARDBERG, N.A. y FOMBRUN, C.J. (2006): Corporate Citizenship: Creating Intangible Assets Across Institutional Environments, *Academy of Management Review*, Vol. 31, No. 2, 329–346.
- GASCÓN Y MARÍN, J. (1934): *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid: C. Bermejo.
- GEBAUER, M. (2000): Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation, *Uniform Law Review*, n. 4, 683-705.
- GEERTZ C. (1995): *Mondo globale, mondi locali. Cultura e politica alla fine del ventesimo secolo* (1995), trad. it., Bologna, Il Mulino, 1999.
- GIL ROBLES, E. (1902): *Tratado de Derecho Político*, Salamanca.
- GNES, M. (2010): Circolazione e globalizzazione del diritto, *Global Competition*, 2010, n. 25, pp. 12-21.
- GOLDMANN, M. (2008): Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority, *German Law Journal*, 9-11.
- GOMÁ LANZÓN, J. (2015): *Imitación y Experiencia*, Barcelona: Taurus minor.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2005): *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid: Marcial Pons.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. (1962): El concepto de Derecho administrativo internacional en la obra del profesor Gascón y Marín, *Asociación Francisco de Vitoria*, CSIC.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (2004): Globalización económica, administraciones públicas y Derecho administrativo: presupuestos de una relación, *RAP* 164.
- GÖTTSCHE, G.J. (2005): *Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO-Rechtsmittelinstanz*, Duncker & Humblot, Berlin.

- GRUCHALLA-WESIERSKI, T. (1984): A Framework for Understanding “*Soft Law*”, *McGill Law Journal*, n. 30, pp. 38-88.
- GUICHOT, E. (2012): Globalización jurídica y Derecho Público. Recientes aportaciones en la doctrina europea, *RAP* 187, pp. 305-326.
- GUZMAN, A.T. y MEYER, T.L. (2010): International Soft Law, *J. Legal Analysis*, n. 2, pp. 171-225.
- HAGUE, J. (2003): Legal Reasoning and Legal Integration, *Mj*, n. 10, 1, pp. 67-97.
- HARLOW, C. (1998): European Administrative Law and the Global Challenge, *RSC Working Paper*, n. 23.
- HARLOW, C. (2006): Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, *European Journal of International Law* 17-1.
- HAURIOU, M. (2003): *Principios de Derecho Público y Constitucional*, traducción del original en francés de 1925, Granada: Comares.
- HAAS, P. M., Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination, *International Organisation* 46, 1992.
- HABA, E. P. (2007): Sobre “observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica de *Christian Courtis*”, *Isonomía*, n. 27, pp. 205-213.
- HEGEL, G.W.F. (1988): *Principios de la Filosofía del Derecho*, Madrid: EDHASA.
- HEGEL, G.W.F. (2010): *La Constitución alemana*, Madrid: Tecnos.
- HEIDEGGER, M. (2003): *Ser y Tiempo*, Madrid: Trotta (traducción de Jorge Eduardo Rivera).
- HEIDEMANN, M. (2013): The autonomous interpretation method in international law with particular reference to the proposed European Sales Law I, *Amicus Curiae*, n.93, pp. 21-30.
- HEINE, G.; LAMPE, E. J.; LAUFER, W. S.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; STRUDLER, A. (2010): *Modelos de responsabilidad de las personas jurídicas: Propuestas globales contemporáneas*, Lima: Ara Editores.
- HELD, D. (1999): The Transformation of the Political Community. Rethinking Democracy in the Context of Globalisation, en SHAPIRO, I.; HACKER-CORDÓN, C. (Eds.), *Democracy's Edges*, p. 84.

- HELD, D./McGREW, A. (2003): *Globalización, Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Paidós, Buenos Aires [traducción de *Globalization, Anti-Globalization: Beyond the Great Divide*, Hardcover, 2002].
- HENKEL, H (1968): *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos de Derecho*, Madrid: Taurus.
- HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. (1972): La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado español, *Estudios de Derecho administrativo, Libro jubilar del Consejo de Estado*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. (2009): Justicia global y justicia legal: ¿tenemos derecho a un mundo justo?, *Doxa*, n. 32, pp. 341-374.
- IORIATTI FERRARI, E. (2005): Lingua e diritto in Europa: multiculturalismo, pluralismo giuridico e terminologia giuridica uniforme nel diritto europeo dei trattati. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, pp. 1549-1568.
- JACKSON, J.H. (1990): *Restructuring the GATT System*, Council on Foreign Relations Press.
- JARIA, J. (2015): La identificación del derecho aplicable en un contexto normativo complejo, en A.A.V.V. (2015): *Diálogos sobre la justicia y los jueces*, en Barcelona: Justicia y Sociedad.
- JELLINEK, G. (2005): *Teoría General del Estado*, traducción del original en alemán de 1900, Buenos Aires: Ed. IBdeF.
- JELLINEK, G. (1978): *Fragmentos de Estado*, Madrid: Civitas.
- KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. (1992): *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid: Debate.
- KELSEN, H. (1911): *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck).
- KELSEN, H. (1979): *Teoría General del Derecho y del Estado*, México D.F.: UNAM.
- KELSEN, H. (2007): *Compendio de Teoría General del Estado*, traducción del original en alemán de 1926, México D.F.: Colofón.
- KELSEN, H. (2009): *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires: Eudeba.
- KEOANE, R.O. (2006): Accountability in World Politics, *Scandinavian Political Studies* 29-2, pp. 75-87.
- KINGSBURY, B. (2003): The International Legal Order, IILJ Working Paper 2003/1.
- KINGSBURY, B. (2005): The Administrative Law Frontier in Global Governance, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 99.

- KINGSBURY, B./KRISCH, N./STEWART, R. B. (2007): The Emergence of Global Administrative Law, *Institute for International Law and Justice, New York University School of Law*, Working Paper 2004/1 (disponible en <http://www.ijl.org/papers/2004/2004.1.htm>), también publicado en *Law and Contemporary Problems* 68, 2005, pp. 15 y ss.
- KINGSBURY, B. (2009): The Concept of “Law” in Global Administrative Law, *IIJ Working Paper* 2009/1.
- KINGSBURY, B./CASINI, L. (2009): Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law, *International Organizations Law Review* 6, pp. 319–358.
- KIRCHHOF, G./MAGEN, S./SCHNEIDER, K. (Eds.), *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, Tübingen, pp.39-62.
- KIRCHHOF, P. (2001): Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?, *Neue Juristische Wochenschrift*.
- KIRCHHOF, P. (2004): Das Parlament als Mitte der Demokratie, en HUBER, P., BRENNER, M. y MÖSTL, M. (Dirs), *Der Staat des Grundgesetzes- Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- KLUG, U. (1961): *Lógica jurídica*, Caracas: Sucre.
- KOHEN, M.G. (2002): Europe and the Standardization of the Law: Past and Present, en KIERZSKOWSKI, H. (2002): *Europe and Globalization*, Londres: Palgrave Macmillan, pp. 87-103.
- KOKOTT, J. (2004): Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, *VVDStRL* 63, pp. 11-35.
- KOSCHAKER (1955): *Europa y el Derecho romano*, Madrid: Revista de Derecho Privado.
- KRISCH, N. (2006): The Pluralism of Global Administrative Law, *European Journal of International Law* 17-1.
- KRISCH, N./KINGSBURY, B. (2006): “ntroduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, *European Journal of International Law* 17.
- KUO, M.S. (2009): Between Fragmentation and Unity: The Uneasy Relationship between Global Administrative Law and Constitutionalism, *San Diego International Law Journal* 10, pp. 439-467.
- KUO, M.S. (2010): The Concept of “Law” in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury, *European Journal of International Law*, 20-4, 2010.

- LA TORRE, M. (2016): El Brexit y la miseria del constitucionalismo global, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 64, Madrid: Iustel.
- LABAND, P. (1901): *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, París: V. Giard y E. Brière.
- LABAND, P. (2012): *Derecho Presupuestario*, Madrid: Tecnos.
- LACRUZ BERDEJO (2010): *Elementos de Derecho Civil: I. Parte General Volumen Primero*. Madrid: Dykinson.
- LADERO QUESADA, M.A. (1992): “Las regiones históricas y su articulación política en la Corona de Castilla durante la Baja Edad Media”, *La España Medieval*, n. 15, 213-247, Madrid: Editorial Complutense.
- LADERO QUESADA, M.A. (1998): “La Casa Real en la Baja Edad Media”, *Historia. Instituciones. Documentos*, n° 25, págs. 327-350.
- LADERO QUESADA, M.A. (1997): “La situación política de Castilla a finales del siglo XIII” *Anales de la Universidad de Alicante. Historia medieval*, n° 11, págs. 241-264.
- LADEUR, K.H. (2007): Die Internationalisierung des Verwaltungsrecht: versuch eine Syntese, en MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C. (Eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- LADEUR, K.H. (2011a): The emergence of Global Administrative Law and transnational regulation, IILJ Working Paper 2011/1.
- LADEUR, K.H. (2011b): The Evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law, Osgoode CLPE: Reseach paper 16/2011.
- LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. (2005): Globalización e imperio de la Ley: algunas dudas westfalianas, *AFDUAM*, n.9, 177-198.
- LARENZ, K. (1994, reimp. 2010): *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid: Ariel Derecho.
- LARENZ, K., CANARIS, W. (1995): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Heidelberg: Springer Verlag.
- LEGAZ Y LACAMBRA (1958): “Legalidad y Legitimidad”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 101, págs. 5-23.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L. (1961): *Filosofía del Derecho* (2ª ed.), Barcelona: Bosch.

- LEGRAND, P. (1996): European Legal Systems are not converging, *International Comparative Law Quarterly* 45.
- LEÑERO BOHÓRQUEZ, R. (2014): El comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa bancaria. Implicaciones para el Derecho público, en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. (Dir.) (2014): *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Aranzadi, Pamplona, pp. 184-251.
- LEPSIUS, O. (2007): Standardsetzung und Legitimation, en MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C. (2007): *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 345-374.
- LINDE PANIAGUA, E. (Dir.) (2012): *Parte Especial del Derecho administrativo*, Madrid: Colex.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. J. e HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. (2001): Human rights conditionality in the external trade of the European Union, Legal and legitimacy problems, *CJEL*, n. 7, p. 307.
- LOCKE, J. ([1689]: 1999): Carta sobre la tolerancia, en *Escritos sobre la tolerancia*, Madrid: CEPC.
- LOCKE, R.M. (2002): Note on Corporate Citizenship in a Global Economy, *MIT Working Paper series*, IPC-02-008.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, L.F. (2014): La normalización, la certificación y las marcas de conformidad para la gestión ecológica de las empresas, LOZANO CUTANDA (dir.) (2014): *Tratado de Derecho Ambiental*, Madrid: CEF, págs. 643-698
- LÖSER, C. (2008): Demokratische Legitimation der Tätigkeit internationaler Organisationen, *Seminararbeit zum Seminar "Deutschland und Europäische Union vor den Herausforderungen der Globalisierung", bei Prof. Dr. Claus Dieter Classen*, ([http://www.cloeser.org/pub/Demokratische\\_Legitimation\\_Internationaler\\_Organisationen.pdf](http://www.cloeser.org/pub/Demokratische_Legitimation_Internationaler_Organisationen.pdf)).
- LUCAS VERDÚ, P. (2006): Comentario al Artículo 1.1 de la Constitución, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (2006): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid: Edersa.
- LUHMANN, N. (1996): *Introducción a la teoría de sistemas*, México: Universidad Iberoamericana.
- MACCORMICK, N. (1990): *Derecho legal y socialdemocracia*, Madrid: Tecnos.
- MALARET GARCÍA, E. (1988): Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales (algunas consideraciones entorno a la regulación de productos, *RAP*, n. 116.

- MALARET GARCÍA, E. (2013): Le malaise de la globalisation, la crise économique et les déséquilibres dans la structure des pouvoirs de décision, *Revue Européenne de Droit Public* 25, 1/2013
- MANNORI, L., Y SORDI, B. (2004): Justicia y administración, en FIORAVANTI, M. (2004): *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho*, Madrid, pp. 65-102.
- MARCHETTI, B. (2010): Justicia comunitaria y justicia global: elementos para una comparación, en PONCE SOLÉ, J. (coord.) (2010): *Derecho administrativo global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP- Marcial Pons, Madrid.
- MARKS, S. (2005): Naming Global Administrative Law, *New York University Journal of International Law and Politics* 37, pp. 995-1001.
- MARTIN ARRIBAS, J.J. (2005): ¿Hacia un Derecho Internacional Global en los albores del siglo XXI?, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, UNAM, México.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2009): The European Union and the Protection of Human Rights, en GÓMEZ ISA, F. y DE FEYTER, K. (eds.) (2009): *International Human Rights Law in a Global Context*, 2a ed., University of Deusto, Bilbao.
- MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. (2010): El Derecho Internacional Público ante los interrogantes de una sociedad internacional en cambio permanente: ¿Hacia una cierta relativización de su carácter jurídico, internacional y público?, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2010): *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales: (XXIII Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, AEPDIRI, celebradas en la Rioja el 10, 11 y 12 de septiembre de 2009)*, págs. 29-54.
- MATTLI, W., y BÜTHER, T. (2005): Global private governance: lessons from a national model of setting standards in accounting, *Law and Contemporary Problems*, 68, pp. 225-262.
- MAYER, O. (1906): *Le Droit Administratif Allemand*, traducción del original en alemán, París: V. Giard & E. Brière.
- MAYER, F. C. (2006): *Die internationalisierung des Verwaltungsrechts. Modi und Strukturen der Einwirkung auf das nationale Recht in Zeiten der Europäisierung und Globalisierung*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- MAZZARESE, T. (2006): Giuspositivismo e globalizzazione giuridica: quale ridefinizione teorica? *Ars Interpretandi*, 11, pp. 89-100.



- MAZZARESE, T. (2008): Interpretazione e traduzione del diritto nello spazio giuridico globale, *Diritto e questioni pubbliche*, núm. 8, Palermo.
- McKEE, D. (2010): Review Essay. Emmanuel Melissaris's Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism, *German Law Journal* 11-5, pp. 573-584.
- MCLEAN, J. (2004): Divergent Legal Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law, *Law and Contemporary Problems*, 68, pp. 167-187.
- MEILÁN GIL, J. L. (2010), Global Administrative Law and Human Rights, *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, Cameron May: Londres.
- MEILÁN GIL, J.L. (2012): Derecho global: Realidades y principios, *Publicaciones del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas*, Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, Coruña.
- MEILÁN GIL, J. L. (2013): *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Editorial Derecho global. Global Law Press, Sevilla.
- MELERO ALONSO, E. (2005): *Reglamentos y Disposiciones Administrativas: Análisis Teórico y Práctico*, Valladolid: Lex Nova.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dirs.) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coords.) (2002): *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Civitas.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (1978): *La Jefatura del Estado en el Derecho público español*, Madrid: INAP.
- MENZEL, J. (2011): *Internationales Öffentliches Recht: Verfassungs- und Verwaltungsgrenzrecht in Zeiten offener Staatlichkeit*, Mohr Siebeck.
- MEYER, T. (2008): Soft Law As Delegation, *Fordham International Law Journal*, V.32, 3, pp. 888-942.
- MIR PUIGPELAT, O. (2004): *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid
- MIR PUIGPELAT, O. (2015): ¿Autorregulación y organismos modificados genéticamente? El sector biotecnológico como contramodelo, en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I. (2015): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons.

- MITCHELL, A./FARMIK, J. (2009): Global Administrative Law: Can it bring Global Governance to Account?, *Federal Law Review* 37.
- MÖLLERS, C. (2005): Transnationale Behördenkooperation. Verfassungs- und Völkerrechtliche Probleme transnationaler administrative Standardsetzung, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 65.
- MÖLLERS, C. (2007): Internationales Verwaltungsrecht. Eine Einführung in die Referenzanalysen, en MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C. (Eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- MÖLLERS, C./TERHECHTE, J. P. (2011): Europäisches Verwaltungsrecht und Internationales Verwaltungsrecht, en TERHECHTE, J.P., *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden.
- MOMIROV, A., FOURIE, A. N. (2009): Vertical comparative law methods: tools for conceptualizing the international rule of Law, *Erasmus Law Review* 2-3.
- MOON, J., CRANE, A., MATTEN, D. (2005): Can corporations be citizens? Corporate Citizenship as a Metaphor for Business Participation in Society, *Business Ethics Quarterly*, n. 15, pp. 429-453.
- MORCILLO MORENO, J., DE LA SIERRA MORÓN, S. (2011): From national Administrative Law to globalisation: economic crisis, governance and regulated self-regulation: Spain, *European review of public law* 23, pp. 381-407.
- MORENO MOLINA, J.A. (2011): *Derecho global de la contratación pública*, Ubijus, Asociación Internacional de Derecho administrativo y Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas, México.
- MORESO, J. J. y VILAJOSANA, J. M. (2004): *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General*, Madrid: BOE.
- NAGEL, T. (2005): The problem on Global Justice, *Philosophy and Public Affairs*, n.33, 2, pp. 113-147.
- NAWIASKY, H. (2002): *Teoría General del Derecho*, de la traducción de la edición del original en alemán de 1948, Granada: Ed. Comares.

- NÉGULESCO, P. (1935): Principes du droit international administratif, *RECUEIL DES COURS*, n. 51, p. 579.
- NEYER, J. (2002): Politische Herrschaft in nicht hierarchischen Mehrebenensystemen, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 1, pp. 9-38; y BÜTHE, T./MATTLI, W. (2011).
- NEVES, M. (2001): Justicia y diferencia en una sociedad global compleja, *Doxa*, n. 24, pp. 349-378.
- OLLERO TASSARA, A. (1976): “Legitimación democrática del Derecho y positivismo legalista”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, “Derecho y soberanía popular”, n. 16, págs. 129-136. Vid. pág. 134.
- OSTERHAMMEL, J., PETERSSON, N.P. (2003): *Geschichte der Globalisierung. Dimensionen, Prozesse, Epochen*, Beck, München.
- OHLE, C. (2007): Internationale Regulierung im Bereich der Finanzmarktaufsicht, en MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C (Eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- PASCUAL MARTÍNEZ, L. (1973): “La Cancillería de Enrique II de Castilla”, *Miscelánea Medieval Murciana*, n. 1, págs. 177-202.
- PARADA, Ramón, *Derecho administrativo, Parte general*, Ed. Marcial Pons, 11ª Ed., Madrid, 1999.
- PÉREZ ROYO, J., *El Estado Social*, en ARAGÓN REYES (2011:191).
- PIETRZYKOWSKI, T., GIZBERT-STUDNICKI, T. (2004): Positivismismo blando y la distinción entre Derecho y moral, *Doxa*, n. 27, pp. 63-80.
- PFLUG, H.J. (1986): *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Munich: Beck.
- PONCE SOLÉ, J. (Coord.) (2010): *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.
- PONCE SOLÉ, J. (2010): Procedimiento administrativo, globalización y buena administración, PONCE SOLÉ, J. (Coord.), *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.
- PONTHOREAU, M.-C. (2006): Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public, *l'Actualité juridique. Droit administratif* 1.
- POSADA, A. (1928): *Derecho Político*, Madrid: Victoriano Suárez.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2016): *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid: Trotta.

- PUIG BRUTAU, J. (1989): *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona: Bosch.
- RADBRUCH, G. (1952): *Filosofía del Derecho*, Madrid: Revista del Derecho Privado.
- RAUSTIALA, K. (2002): The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental networks and the Future of International Law, *Virginia Journal of International Law* 43.
- ROBLES MORCHÓN, G. (2006): *Teoría del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, Volumen I, Madrid: Thomson Civitas (2ª Ed.) (existe 6ª ed. de 2015).
- ROBLES MORCHÓN, G. (2007): *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas, Ensayo de Teoría comunicacional del Derecho*, Madrid: Thomson Civitas.
- RODRÍGUEZ, J.L. y VICENTE, D.E. (2009): Aplicabilidad y validez de las normas del Derecho internacional, *Doxa*, n. 32, pp. 177-204.
- RODRÍGUEZ, S. (2007): Self-regulation as a regulatory strategy: The Italian legal framework, *Utrecht Law Review*, núm 3, vol. 2, Igitur, Utrecht.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2010): El Derecho administrativo global: un derecho principal, *Revista Andaluza de Administración Pública* 76.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ G., J. I. (2016): *El Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, Madrid: INAP.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Derecho administrativo global y Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública, en <http://www.acaderc.org.ar/derecho-administrativo-global.pdf>.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro (2016): Laband y la dogmática del Derecho Público: La teoría dualista de la Ley en sentido formal y material, en RUBIO LLORENTE et all. (coords.) (2016): *La Constitución Política de España, Estudios en Homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Madrid: CEPC.
- RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2007): *La Administración del Estado Social*, Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2016): Una nueva metodología aplicativa del Derecho, Almacén de Derecho, 6 de jul. 2016, disponible en <http://almacenedderecho.org/una-nueva-metodologia-aplicacion-del-derecho/>
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. (2011): *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, 2ª ed. Madrid, Tecnos.

- RÖHL, H. C. (2007): Internationale Standardsetzung, en MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C. (Eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- RÖHL, K./RÖHL, H. C. (2008): *Allgemeine Rechtslehre*, Köln, Carl Heymanns Verlag.
- ROMANO, S. (1947): *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano: A. Giuffrè.
- ROSSI, G. (2004): Método jurídico y Derecho administrativo: la investigación de conceptos jurídicos elementales, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 21, pp. 9-21.
- RUBIO CASTRO, A. (2014): Los efectos jurídicos del *soft law* en materia de igualdad efectiva. La experiencia española, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 30, pp. 37-68.
- RUBIO LLORENTE, F. (ed.) (1994): *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona: Ariel.
- RUFFERT, M. (2007): Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrecht, en MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C. (Eds.) (2007): *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen, p. 39.
- RUFFERT, M./STEINECKE, S. (2011): *The Global Administrative Law of Science*, Springer, Heidelberg.
- RUIZ MIGUEL, A. (2008): Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita, *Doxa*, n. 31, pp. 355-368.
- RUS RUFINO, S. (2009): Reseña de "*¿Qué es el Derecho global?*" de Rafael Domingo Oslé, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, núm. 1, pp. 185-188.
- RÜTHERS, B., FISCHER, C. Y BIRK, A. (2013): *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Munich: C.H. Beck.
- SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ POMAR, F. (2009): Diez libros de Law & Economics de los dos mil, *Indret*, n° 2/2009.
- SANDULLI, *Legge, forza di legge, valore di legge*, *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1957.
- SANTAMARÍA PASTOR, A. (1991): *Fundamentos de Derecho administrativo*, Madrid: Ceura, 2ª ed., 1991.
- SANTOS BRIZ, J y SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (2003): *Tratado de Derecho Civil, Teoría y Práctica, Parte General*. Barcelona: Bosch.

- SANZ LARRUGA, J. (2012): El Derecho ambiental y sus relaciones con el Derecho administrativo global, *Publicaciones del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas*, Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, Coruña, pp. 203-220.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. (2006): La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 28, pp. 221-266.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. (2008): *El "soft law" administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Madrid: Civitas.
- SASSEN, S. (2003): The participation of States and Citizens in Global Governance, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 10-5.
- SAVIGNY, C. F. (1834): *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*, Madrid: La España Moderna.
- SCHEDLER, A. (1999): Conceptualizing Accountability, en SCHEDLER, A./DIAMOND, L./PLATTNER, M.F. (Ed.), *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, Londres.
- SCHMIDT-ABMANN, E. (1996), Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *Europarecht* 31, pp. 270 y ss.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003): *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid: Marcial Pons.
- SCHMIDT-ABMANN, E. (2006): La Ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas, *RAP* 171, [traducción al español de "Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen", *Der Staat* 25, pp. 315 y ss.].
- SCHMIDT-ASSMANN, E., ROEHL, H.C. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2008a): La transformación del procedimiento administrativo, Sevilla: Global Law Press.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2008b): Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho alemán, europeo e internacional, en SCHMIDT-ASSMANN, E., ROEHL, H.C. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2008a): La transformación del procedimiento administrativo, Sevilla: Global Law Press.
- SCHMIDT-ABMANN, E. (2008c): Überlegungen zu Begriff und Funktionskreise des Internationalen Verwaltungsrecht, en MAGIERA, S./SOMMERMANN, K.-P./ZILLER, J.

(Coord.), *Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis in nationaler und transnationaler Perspektive. Festschrift für Heinrich Siedentopf zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, p. 101.

SCHMIDT-ABMANN, E. (2008d): The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship, *German Law Journal* 9.

SCHMITT, C. (1961): “La tiranía de los valores”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 115, págs. 65-81.

SCHMITT, C. (1968): *Legalität und Legitimität*, 2ª ed, Berlín: Duncker & Humblot, versión en español en SCHMITT, C. (1971): *Legalidad y Legitimidad*, Madrid: Aguilar.

SCHMITT, C. (1974): *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 2ª ed, Berlín: Duncker y Humboldt. Para la versión española vid. SCHMITT, C. (2005): *El nomos de la Tierra en el Derecho de gentes del ius publicum europaeum*, Buenos Aires: Struhart y Cía. SCHWAB, K. (2008): Global Corporate Citizenship: Working With Governments and Civil Society, *Foreign Affairs*, n. 87 No. 1, pp. 107-118.

SCHMITT, C. (2001): *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza.

SCOTT, C. (2006): Regolazione gerarchica, pluralismo giuridico e rule of law. *Ars Interpretandi*, 11, 101-141.

SHAPIRO, M. (1993): The Globalization of Law, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1, pp. 37-64.

SHAPIRO, M. (2001): Administrative Law Unbounded. Reflections on Government and Governance, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 8, pp. 369-377.

SIEDENTOPF, H. (1997): Die Internationalität der öffentlichen Verwaltung, en KÖNIG, K./ SIEDENTOPF, H., *Öffentliche Verwaltung in Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, p. 712.

SIRELLO, G./SIRELLO, O. (2013): Vers et pour la mondialisation du droit ? Enjeux, bilans et perspectives d'un droit globalisé, *Rivista Telematica Nuova Didattica*.

SLAUGHTER, A.M./BURKE-WHITE, W.W., (2002): An International Constitutional Moment, *Harvard International Law Journal* 43-1.

SLAUGHTER, A. M. (2004a): *A New World Order*, Princeton University Press.

SLAUGHTER, A.M. (2004b): Power and Legitimacy in a Government Networks, *The Partnership Principle, New Forms of Governance in the 21st Century*, Archetype Publications, London.

SOMEK, A. (2006): Kelsen lives, *IILJ Working Paper* 2006/4.

- SOMEK, A. (2010): The Concept of “Law” in Global Administrative Law. A Reply to Benedict Kingsbury, *European Journal of International Law*, 20-4, pp. 985-995.
- SORIANO DÍAZ, R.L. (1997): *Sociología del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- STAMMLER, R. (1930): *Tratado de Filosofía del Derecho*, Madrid: Reus.
- STERN, K. (1987): *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, traducción del original en alemán, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- STEWART, R. B. (2005): US Administrative Law: A Modell for Global Administrative Law?, *Law and Contemporary Problems* 68.
- STEWART, R. B. (2014): Addressing problems of disregard in global regulatory governance: accountability, participation and responsiveness, IIIJ Working Paper 2014/2.
- STOLLEIS, M./PAULUS, A./GUTIERREZ, I. (2013): *El Derecho constitucional de la globalización*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- STRAUSS, L. y CROPEY, J. (2012): *Historia de la Filosofía política*, Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1993 (8ª reimp.).
- SUÁREZ, F. S.J. (1872): *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore in decem libros distributus*, Fibreniani: Nápoles.
- TEUBNER, G. (1996): Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal* 15, 1996.
- TEUBNER, G. (1997): *Global Law Without State*, Dartmouth: Dartmouth Publishing Co Ltd.
- THOMA, I. (2007): *Die Europäisierung un die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, Tubinga.
- TIETJE, C. (2001): *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, Duncker & Humblot, Berlin.
- TREVES, T. (1999): *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Giuffrè, Milano.
- TRUTE, H.H./GROSS, T./RÖHL, H.C./MÖLLERS, C. (2007): *Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Mohr Siebeck, Berlin.
- TRUYOL Y SERRA, A. (1987-2006): *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tres Volúmenes, Madrid: Alianza Universidad Textos.
- TURÉGANO MANSILLA, I. (2001): La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls, *Doxa*, n. 24, pp. 319-348.



- URREA SALAZAR, M. (2017): Global Law: Metodología o Nuevo Derecho, *Revista Aranzadi de Unión Europea*, n. 5-2017.
- VAN AAKEN A. (2007): Transnationales Kooperationsrecht Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung globalisierter Finanzmärkte, en MÖLLERS, C./VOSSKUHLE, A./WALTER, C (Eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- VAN VARENBERGH, A. (2005): Regulatory Features and Administrative Law Dimensions of the Olympic Movement`s Anti-Doping Regime, *ILLJ Working Paper*, 2005/11.
- VELASCO CABALLERO, F. (2014): *Derecho público más Derecho privado*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons.
- VERDIER, P. J. (2011): Transnational Regulatory Networks and Their Limits, *Yale Journal of International Law* 34-1.
- VERDROSS, A. (1957): *Derecho Internacional Público*, Madrid: Aguilar.
- VIEHWEG, T. (1986): *Tópica y jurisprudencia*, Madrid: Taurus.
- VILDÓSOLA FUENZALIDA, J. (1999): *El Dominio Minero y el Sistema Concesional en América Latina y el Caribe*, Caracas: Editorial Latina.
- VILLAR PALASÍ, J.L. (1950): Naturaleza y Regulación de la concesión minera, *Revista de Administración Pública*, n. 1, págs. 79-116.
- VILLAR PALASÍ, J.L. (1977): *Apuntes de Derecho administrativo*, Madrid: Dykinson.
- VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L. (1987): *Principios de Derecho administrativo*, Madrid, Ed. Sección de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2ª Ed.
- VON BERNSTORFF, J. (2009): Zivilgesellschaftliche Partizipation in Internationalen Organisationen: Form globaler Demokratie oder Baustein westlicher Expertenherrschaft?, en Brunkhorst, H. (Ed.), *Demokratie in der Weltgesellschaft*, Nomos, Baden-Baden.
- VON BIERLING, E. R. (1894): *Juristische Prinzipienlehre*, Friburgo y Leipzig: Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. Mohr.

- VON BOGDANDY, A. (2003): Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts –eine Bestandaufnahme, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63.
- VON BOGDANDY, A./DANN, P./GOLDMANN, M. (2008): Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities, *German Law Journal* 9-11, pp. 1375-1400.
- VON BOGDANDY, A. (2008): Prolegomena zu Prinzipien internationalisierter und internationaler Verwaltung en RÖHL, H.C./TRUTE, H-H./MÖLLERS, C./GROSS, T. (Coords), *Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Mohr Siebeck, Berlin, pp. 683-697.
- VON BOGDANDY, A./DANN, P. (2008): International Composite Administration: Conceptualizing Multi-Level and Network Aspects in the Exercise of International Public Authority”, *German Law Journal* 9-11.
- VON BOGDANDY, A./DANN, P./GOLDMANN, M. (2010): El Derecho Público Internacional como Derecho Público: Prolegómeno de un Derecho de los mercados financieros, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, AEPDIRI, Iustel, Universidad de la Rioja, Madrid.
- VON BOGDANDY, A. (2008): General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field, *German Law Journal* 9-11.
- VON BOGDANDY, A. (2009): The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe, *ICON*, Volume 7, Number 3, pp. 364 – 400.
- VON BOGDANDY, A./GOLDMANN, M. (2009): The Exercise of Public Authority through national policy assessment, *IILJ Working Paper* 2009/2, pp.
- VON BOGDANDY, A./WOLFRUM, R./VON BERNSTOFF, J./DANN, P./GOLDMANN, M. (2010): *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Springer, Heidelberg.
- VON HUMBOLDT, W. (2009): *Los límites de la acción de Estado*, Madrid: Tecnos.
- VON LISZT, F. (1929): *Derecho Internacional Público*, Barcelona: Gustavo Gili.
- VON STEIN (1882): Einige Bemerkungen über das internationale Verwaltungsrecht, *6 Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, p. 395.

- VON WRIGHT, G.H.(2003): Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos, con un epílogo cartesiano, *Doxa*, n. 26, p. 53 y ss.
- WADE, W. & FORSYTH, (2011): *Administrative Law*, Oxford: OUP.
- WALTER, C. (2005): Internationalisierung des deutschen und Europäischen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts – am Beispiel der Aarhus-Konvention, *Europarecht* 2.
- WALTER, C. (2000): Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, *Deutsche Verwaltungsblatt*, pp. 1.
- WEBER, M. (1956, 1964 de la edición en español, reimpresión 2002): *Economía y Sociedad*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España.
- WEBER, S. (2005): Vom juristischen Rauschen: zur rechtlichen Geltung der Standards des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, en BRÖHMER, J; LANGENFELD, C; et. al. (2005): *Internationale Gemeinschaft un Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress*, Colonia: Karl Heymanns Verlag.
- WILHELM, W. (1980): *Metodología jurídica del siglo XIX*, Madrid: Edersa.
- WOLF, E. (1962): *El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires: Perrot.
- ZANOBINI (1917): Sul fondamento dell'inderogabilità dei Regolamenti, *Rivista di Diritto Pubblico*, pág. 15.
- ZARING, D. (2004): Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration, IILJ Working Paper 2004/6.
- ZOLO, D. [2004], Globalizzazione. Una mappa di problemi. Roma-Bari, Laterza.
- ZOLO, D. (2007): Para una filosofía moderna y realista del derecho internacional, *Jura Gentium*, *Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*.
- ZUMBANSEN, P. (2011): Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance & Legal Pluralism, Osgoode CLPE Research Paper, 21/2011.
- ZUMBANSEN, P. (2013): Transnational Private Regulatory Governance: ambiguities of Public Authority and Private Power, *Law and Contemporary Problems* 76.