

¿SE LIMITA O REFUERZA EL PODER EJECUTIVO COMO CONSECUENCIA DE LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA?

Aida Torres Pérez*

I. Introducción

Se ha sugerido que la globalización y la proliferación de sistemas de derecho internacional contribuyen a limitar el poder ejecutivo, debilitando el poder del Estado soberano. Mientras unos celebran tal resultado, otros lo lamentan o se ocupan de negarlo. Este trabajo parte de la superación de la dicotomía nacional/internacional en el análisis del impacto de la globalización sobre el poder ejecutivo. Precisamente, el término “internacionalización de los procesos de producción normativa” se refiere de forma amplia al nuevo contexto en el que la toma de decisiones públicas se descentraliza en una pluralidad de esferas inter-, supra- y transnacionales. Éstas no son esferas distintas y separadas, sino parcialmente superpuestas. Mientras que desde una perspectiva general, la internacionalización de los procesos de producción normativa limita el poder del Estado para autogobernarse unilateralmente, desde la perspectiva de los poderes constitutivos del Estado, posibilita el fortalecimiento comparativo del poder ejecutivo en el diseño de las políticas nacionales, en perjuicio de la autonomía política del legislativo.

La primera parte de este trabajo mostrará como especialmente a partir de la II Guerra Mundial, la globalización y la consiguiente proliferación de normas internacionales en formas diversas plantean un desafío al concepto tradicional de soberanía, como poder ilimitado, último e

* Constitutional Law Professor, Pompeu Fabra University (Barcelona); Yale Law School (JSD, 2006); Pompeu Fabra University (DEA in Public Law, 2003); Yale Law School (LL.M, 2002). I started writing this paper while I was in New Haven, where I benefited from informal conversations with Santiago Montt, Mariana Prado, and Laura Saldivia, whom I thank for their generous input. I finished writing in Barcelona, where I had the chance to discuss this draft with Marc Carrillo, Víctor Ferreres, Marisa Iglesias, Nico Krisch, Héctor López, Josep Lluís Martí, Alejandro Saiz, and Neus Torbisco. I thank them as well for their invaluable comments.

indivisible para gobernar un territorio con exclusión de interferencias externas.¹ La soberanía no se pierde, en términos absolutos, para ser adquirida por instituciones pertenecientes a un régimen distinto,² sino que los Estados deben adaptarse a formas nuevas de ejercer sus funciones, en colaboración con las autoridades de otros países y otros actores privados.

La segunda parte analiza como, a la vez que la soberanía del Estado se limita, la acción del ejecutivo en la esfera internacional se transforma. La diversificación de las fuentes de producción del derecho internacional ofrece al ejecutivo nuevas oportunidades de actuación. Los ejecutivos participan en: la regulación internacional de un número cada vez mayor de materias; nuevas y variadas redes transnacionales; organizaciones internacionales con capacidad normativa; y al final tienen un papel principal en la aplicación de normas internacionales en el ordenamiento interno. Estas transformaciones pueden reforzar el poder de decisión del ejecutivo sobre las políticas públicas nacionales y la ordenación de la vida de los ciudadanos, en detrimento del legislativo.³ Así, las nuevas dinámicas alteran el equilibrio institucional interno (sin que se modifique la constitución).⁴ Es importante entender el tipo de transformaciones que se producen para poder valorar adecuadamente la legitimidad del nuevo orden. En esta línea, se incluyen algunas reflexiones finales sin ánimo de zanjar un debate que existe desde hace tiempo y seguramente tendremos oportunidad de retomar en Bogotá. El ejemplo paradigmático de estas

¹ Concerning the origins of the concept of sovereignty and the modern state, see Dieter Grimm, *The Modern State: Continental Traditions*, in GUIDANCE, CONTROL AND EVALUATION IN THE PUBLIC SECTOR 89, 91-94 (Franz-Xaver Kaufmann et al. eds. 1986).

² NEIL MACCORMICK, QUESTIONING SOVEREIGNTY. LAW, STATE AND NATION IN THE EUROPEAN COMMONWEALTH 95 (Oxford 1999).

³ Thomas Poguntke & Paul Webb, *The Presidentialization of Contemporary Democratic Politics: Evidence, Causes, and Consequences*, in THE PRESIDENTIALIZATION OF POLITICS. A COMPARATIVE STUDY OF MODERN DEMOCRACIES 336, 350 (Oxford University Press 2006).

⁴ According to Christian Walter, *Constitutionalizing (Inter)national Governance – Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, 44 GERMAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 170, 193-196, constitutions need to be complemented with other documents to obtain a complete picture of the structure of public authority. As a consequence, constitutions are better seen as “partial constitutions,” since they no longer comprehensively regulate public authority exercised within the state.

transformaciones lo proporciona la Unión Europea (UE), pero el marco conceptual de análisis sugerido puede ser aplicado también a otros ámbitos.

II. Globalización y fragmentación del poder estatal

La globalización, entendida de forma amplia como un conjunto de procesos que superan las fronteras nacionales, ha conducido a una interdependencia⁵ creciente en multiplicidad de campos como el comercio, el medioambiente, las telecomunicaciones, la seguridad, la propiedad intelectual, la salud, etc. En ocasiones, la respuesta a esta creciente interdependencia ha sido la elaboración de sistemas de regulación u otras formas de colaboración a través de tratados internacionales o redes transnacionales más informales. Me centraré en este aspecto de la globalización que conduce a la progresiva internacionalización de los procesos de producción normativa.⁶

Existe una amplia variedad de tratados y organizaciones internacionales, con diferentes objetivos, instituciones y poderes, con el propósito de garantizar desde el comercio internacional a los derechos humanos. El ejemplo más avanzado es el de la UE, cuyo objetivo principal era inicialmente la creación de un mercado común y la integración económica. Los poderes de la UE han aumentado cuantitativa y cualitativamente englobando materias que afectan a los ciudadanos no sólo como actores económicos, sino en las diversas facetas de su vida. La atribución de poderes soberanos a las instituciones comunitarias ha restringido el poder de los Estados miembros para el diseño de políticas públicas no sólo en el terreno puramente comercial y monetario, sino en relación con gran diversidad de materias como agricultura, pesca, transportes, seguridad alimentaria, consumidores e inmigración. También en el terreno económico, a escala

⁵ ROBERT KEOHANE & JOSEPH S. NYE, *POWER AND INTERDEPENDENCE* 7-8 (Longman 2001).

⁶ To be sure, globalization might interchangeably refer to political, economic, and social processes that transcend national boundaries, as well as to the creation of international regimes and other forms of cooperation to regulate these processes (which is properly a response to globalization).

mundial, la Organización Mundial del Comercio (OMC) tiene como objetivo reducir las barreras al comercio internacional y eliminar prácticas discriminatorias entre los Estados. El conjunto de acuerdos adoptados en el marco de la OMC constriñen la política nacional de modo importante. Además, la resolución de disputas por el Órgano de Apelación, cuyas decisiones son vinculantes, no sólo afecta el comercio exterior, sino que tiene impacto en el medioambiente, protección de consumidores, salud, seguridad nacional e incluso derechos humanos.⁷ Otras organizaciones, como la Organización Mundial de la Salud o la Organización Internacional del Trabajo, sean sus decisiones estrictamente vinculantes o no, han tenido un impacto importante no sólo sobre los ordenamientos estatales, sino también de forma indirecta sobre los ciudadanos.⁸

A la vez, de modo más informal, se ha intensificado la colaboración transnacional entre autoridades gubernamentales, lo que ha conducido a la proliferación de las llamadas “*transnational government networks*.”⁹ Estas redes transnacionales pueden existir en el seno de organizaciones internacionales, acuerdos entre ejecutivos, o surgir de manera espontánea.¹⁰ Abarcan desde ministros de economía en el marco de la OMC, a redes que pese a no basarse en ningún tratado han adquirido cierta estabilidad, como las reuniones del G8 o del Comité de Basilea. En estas redes no se atribuyen poderes de decisión a ningún ente internacional, sino que ofrecen un marco de cooperación a las autoridades estatales para el ejercicio de sus funciones junto con autoridades extranjeras. En ocasiones, se aprueban códigos de conducta,

⁷ Markus Krajewski, *Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law*, 35 JOURNAL OF WORLD TRADE 167 (2001).

⁸ Jost Delbruck, *Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?*, 10 INDIANA JOURNAL OF GLOBAL LEGAL STUDIES 29, 35 (2003).

⁹ This phenomenon has been identified and thoroughly explored by Anne-Marie Slaughter in several articles and ultimately a book: ANNE-MARIE SLAUGHTER, *A NEW WORLD ORDER* (Princeton University Press 2004).

¹⁰ *Id.* at 45-49.

recomendaciones o principios reguladores que pese a no ser derecho estrictamente vinculante (*soft law*) pueden influir los procesos de decisión y creación de derecho a nivel interno.¹¹

En general, la creación de sistemas internacionales y la transferencia de poderes normativos a organizaciones internacionales se han justificado argumentando que la capacidad de los Estados para regular de forma efectiva sobre su territorio se ha visto socavada como consecuencia de la creciente interdependencia política y económica.¹² Si los Estados no pueden cumplir con sus funciones y objetivos, tal incapacidad amenaza su propia legitimidad. Por consiguiente, la regulación efectiva de determinadas materias requiere una forma de acción internacional.¹³ Del mismo modo, las redes transnacionales contribuyen a que los gobiernos puedan conseguir a través de la cooperación mutua lo que antes podían conseguir de forma unilateral dentro de su territorio.¹⁴

Aunque el poder coercitivo permanezca en manos de los Estados, puede hablarse de fragmentación de la autoridad pública en el sentido que las funciones de producción normativa se ejercen en pluralidad de foros a nivel inter-, supra- o trans-nacional.¹⁵ Las diversas formas de producción normativa o colaboración internacional pueden tener un impacto importante o hasta determinar el contenido de políticas y normas nacionales. Muchas normas nacionales no hacen más que reproducir o desarrollar acuerdos alcanzados en el seno de redes o sistemas

¹¹ See *Id.* at 168-195. Extensive empirical research in this area is still pending.

¹² Robert O. Keohane, *Sovereignty, Interdependence, and International Institutions*, in IDEAS AND IDEALS: ESSAYS ON POLITICS IN HONOR OF STANLEY HOFFMANN 91, 92 (Linda B. Miller & Michael Smith eds. 1993): "It is now a platitude that the ability of governments to attain their objectives through individual action has been undermined by international political and economic interdependence"; Anne-Marie Slaughter, *Sovereignty and Power in a Networked World Order*, 40 STANFORD JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 283, 284 (2004).

¹³ Benedict Kingsbury, Nico Krisch & Richard B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS 15, 16 (2005).

¹⁴ Slaughter, *supra* note 12, at 285.

¹⁵ Jost Delbruck, *Transnational Federalism: Problems and Prospects of Allocating Public Authority Beyond the State*, 11 INDIANA JOURNAL OF GLOBAL LEGAL STUDIES 31, 39 (2004): "The concept of public authority is not restricted to the exercise of enforcement powers."

internacionales.¹⁶ La proliferación de sistemas de regulación internacionales (sobre todo si a las instituciones internacionales creadas se les otorga capacidad normativa vinculante) restringe el poder del Estado para diseñar e implementar políticas públicas.¹⁷ Por lo tanto, la internacionalización de los procesos de producción normativa plantea un reto a la soberanía como “autoridad política de una comunidad que tiene el derecho indiscutible de determinar el marco de normas, regulaciones y políticas dentro de un territorio dado, y a gobernar en consecuencia.”¹⁸

No obstante, el reto a la soberanía se produce tanto si se actúa a través del derecho internacional, como si se rehúsa a participar en la toma de decisiones colectivas en la esfera internacional. Pero en este segundo caso la pérdida de control puede ser mayor dada la incapacidad de los Estados para regular aisladamente de forma efectiva procesos que escapan o que se inmiscuyen dentro de sus fronteras como consecuencia de la globalización. La mundialización de la economía, que implica la internacionalización de la producción, las finanzas y el comercio, es el ejemplo más claro de cómo la globalización mina la capacidad de los Estados para controlar su propio futuro, en este caso económico.¹⁹ Además, el vacío normativo puede ser ocupado por actores privados que desarrollan sistemas propios de

¹⁶ Delbruck, *supra* note 8, at 35-36: “Domestic law that appears to be genuinely ‘homemade’ is actually nothing but a rubberstamped regulation worked out at the level of IGOs.” For example, in the EU, many national norms merely reproduce what was established in EU directives or refer to the text of the directive itself. Sue Arrowsmith, *Legal Techniques for implementing Directives: A Case Study of Public Procurement*, in *LAWMAKING IN THE EUROPEAN UNION* 491 (Paul Craig & Carol Harlow eds. 1998).

¹⁷ One might distinguish between sovereignty and autonomy. DAVID HELD, *DEMOCRACY AND THE GLOBAL ORDER* 100 (Stanford University Press): “Sovereignty refers to the entitlement of a state to rule over a bounded territory, while autonomy denotes the actual power a nation-state possesses to articulate and achieve policy goals independently.” The argument here is that globalization and the proliferation of international regimes have an impact upon both.

¹⁸ DAVID HELD, *MODELOS DE DEMOCRACIA* 382 (Alianza 2002).

¹⁹ *Id.* at 383-385.

regulación transnacional, que pueden tener efectos para terceros.²⁰ El derecho internacional y la colaboración transnacional ofrecen instrumentos para regular estos procesos.

En este contexto, no podemos seguir entendiendo la soberanía de acuerdo con el paradigma conceptual moderno del Estado-nación, como depositario último de todo el poder público sobre un territorio. El poder público se fragmenta y las funciones estatales se ejercen y regulan en pluralidad de foros más allá del Estado, en colaboración con otras autoridades públicas. Pero es importante enfatizar que ello no implica que los Estados estén desapareciendo, y sean sustituidos por instituciones supranacionales. Los propios Estados, aunque no en exclusiva, impulsan el desarrollo del derecho internacional en sus distintas formas.²¹ En palabras de Saskia Sassen, la soberanía no se erosiona como consecuencia de la globalización y las organizaciones supranacionales sino que se transforma.²² En el origen del Estado moderno existía una correspondencia entre la soberanía, como ámbito de poder estatal, y el territorio nacional. Como consecuencia de la internacionalización de los procesos de producción normativa, la localización del ejercicio del poder público se desplaza parcialmente y se reconstituye en otros ámbitos.²³ Lo que se produce no es tanto una disminución de poder en términos absolutos, sino una fragmentación y re-localización que requiere una forma distinta de ejercer el poder. Las fronteras de la política nacional se desdibujan “transformando las condiciones en las que se adoptan las decisiones políticas, cambiando el contexto institucional y

²⁰ One of the effects of globalization has been the blurring of the private/public distinction. The role of private actors in international lawmaking will be further analyzed by my colleagues on this panel. This raises particular problems for global governance. Slaughter, *supra* note 9, at 10: “We need global rules without centralized power but with government actors who can be held to account through a variety of political mechanism. These government actors can and should interact with a wide range of non-governmental organizations (NGOs), but their role in governance bears distinct and different responsibilities.”

²¹ SASKIA SASSEN, *LOSING CONTROL? SOVEREIGNTY IN AN AGE OF GLOBALIZATION* 29 (Columbia University Press): “The state itself has been a key agent in the implementation of global processes, and it has emerged quite altered by this participation.”

²² *Id.* at 31.

²³ *Id.* at 29-30: “Sovereignty remains a feature of the system, but it is now located in a multiplicity of institutional arenas: the new emergent transnational private legal regimes, new supranational organizations (such as the WTO and the institutions of the European Union), and the various international human rights codes.”

organizativo de las políticas nacionales y alterando el marco legal y las prácticas administrativas de los mismos estados-nacionales.”²⁴

A raíz de la globalización se producen transformaciones para el propio derecho internacional y para el Estado. El ámbito y estructuras del orden internacional se transforman. Los tratados internacionales expanden su ámbito a materias tradicionalmente reguladas a nivel interno.²⁵ La regulación internacional y el tipo de poderes ejercidos por organizaciones internacionales se refuerzan. Así, se tiende a un mayor grado de institucionalización y coordinación de los procesos de decisión y producción normativa.²⁶ Al mismo tiempo, se intensifica la cooperación a través de multiplicidad de redes transnacionales más informales. Los actores que intervienen en los procesos de decisión en la esfera internacional se diversifican. En el ámbito del ejecutivo, las delegaciones diplomáticas son sustituidas por una variedad de ministros, así como también funcionarios y autoridades de agencias independientes designados por los gobiernos. Además, la globalización potencia la regulación transnacional por actores privados diversos,²⁷ y formas de colaboración híbrida entre actores gubernamentales y no-gubernamentales.²⁸ Por consiguiente, los centros de producción del propio derecho internacional se descentralizan.²⁹

Al mismo tiempo, el poder estatal se fragmenta y se ejerce en una pluralidad de foros en esferas diversas. A la vez que las funciones públicas se disgregan, también lo hace el Estado.³⁰ Si en lugar de ver el Estado como un todo indivisible, se centra la atención en los distintos poderes

²⁴ Held, *supra* note 18, at 393.

²⁵ See *infra* section A

²⁶ Walter, *supra* note 4, at 175-183; Held, *supra* note 18, at 386-388. See *infra* section B.

²⁷ Walter, *supra* note 4, at 186-187; Kingsbury, Krisch & Stewart, *supra* note 13, at 22-23.

²⁸ Kingsbury, Krisch & Stewart, *supra* note 13, at 22.

²⁹ Walter, *supra* note 4, at 188.

³⁰ Anne-Marie Slaughter, *The Real New World Order*, 76 FOREIGN AFFAIRS 183, 184 (1997): “The state is not disappearing, it is disaggregating into its separate, functionally distinct parts.”

constitutivos —ejecutivo, legislativo y judicial³¹—, se constata que el ejercicio de funciones públicas en las esferas inter-, supra- y trans-nacionales refuerza el poder del ejecutivo en detrimento del legislativo. Así, asistimos a un doble proceso sólo aparentemente contradictorio: des-concentración del poder estatal entre una pluralidad de foros y re-concentración del poder en el ejecutivo.

III. Transformación y expansión del ámbito de poder del ejecutivo

Podría objetarse que el ejecutivo siempre ha tenido un papel dominante en relación con la producción de derecho internacional. No obstante, interesa destacar que tanto el derecho internacional como la acción tradicional del ejecutivo se transforman, al final reforzando el poder del ejecutivo sobre las políticas públicas nacionales. Precisamente porque el derecho internacional no se limita a la conclusión de tratados internacionales por misiones diplomáticas, la internacionalización de los procesos de producción normativa ofrece nuevas oportunidades de actuación al ejecutivo, si está dispuesto a adaptar la forma de hacer política a las nuevas formas de decisión colectiva a nivel internacional. Para demostrar como se transforma su actuación y su ámbito de poder se expande, vis-à-vis el legislativo, se analizarán tres áreas relacionadas: (a) la colaboración a través de tratados internacionales o redes transnacionales; (b) los procesos de toma de decisiones en organizaciones supranacionales; y (c) la subsiguiente implementación de normas internacionales dentro de los Estados. La visión conjunta de todos estos procesos revela una imagen del Estado que distorsiona el equilibrio constitucional de poderes.

A. El establecimiento de sistemas internacionales y redes transnacionales

³¹ Although tribunals are essential for the transformation of the international legal order and state sovereignty, they are not discussed in this paper.

Históricamente, el poder para la conclusión de tratados internacionales era un poder soberano del monarca y estaba asociado al *ius belli*.³² Como resultado de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, la soberanía se transfiere del monarca al pueblo. Así, las constituciones modernas otorgan el poder de concluir tratados al gobierno (como representante del Estado), pero tienden a exigir la intervención del parlamento (como representante del pueblo soberano) para su ratificación (o para que puedan desplegar su fuerza vinculante en el ordenamiento interno).³³ Desde esta perspectiva, el consentimiento del parlamento es esencial para garantizar la legitimidad democrática de los tratados internacionales.

En relación con el proceso de ratificación, la autorización parlamentaria puede exigirse para todo tipo de tratados o sólo cuando regulen materias específicas. En este segundo caso, se trata, por ejemplo, de tratados que afecten a la integridad del Estado, que impliquen una carga financiera, tratados de carácter militar o comercial, o que exijan la modificación de leyes internas.³⁴ En tercer lugar, la ratificación de tratados internacionales puede no requerir la aprobación expresa del parlamento.³⁵ Nótese que, en general, los países que no exigen autorización parlamentaria durante el proceso de ratificación tienden a ser de tipo dualista, lo que significa que los tratados internacionales no tienen efectos en el ordenamiento interno hasta que se hayan incorporado a través de legislación nacional. Por consiguiente, en general, desde el punto de vista de la estructura constitucional, para obligar al Estado internacionalmente (y/o para

³² Peter Haggemacher, *Some Hints on the European Origins of Legislative Participation in the Treaty-making Function*, 67 CHICAGO-KENT LAW REVIEW 313, 318 (1991).

³³ One should distinguish between parliamentary approval regarding the ratification of international treaties from their "incorporation" in the domestic legal order. Parliamentary approval, when required, is a condition for ratification and thus for obliging the state internationally. Incorporation refers to the process whereby treaties acquire domestic binding force. The binding effect of treaties within the domestic legal order might require specific national legislation incorporating the treaty or not, according to domestic provisions. See Francis G. Jacobs, *Introduction*, in *THE EFFECT OF TREATIES IN DOMESTIC LAW* xxiii, xxiv-xxvi (Francis G. Jacobs & Shelley Roberts eds. 1987).

³⁴ Parliamentary approval is required for specific subject matters in Belgium, France, Germany, and Spain among others.

³⁵ For instance, in the United Kingdom, the government may proceed to ratify international treaties, as long as there is no explicit parliamentary opposition.

la producción de efectos internos), se requiere la intervención del parlamento y por lo tanto éste podría verse como un poder compartido.

No obstante, pese a las previsiones constitucionales, la intervención parlamentaria en el proceso de ratificación de tratados internacionales tiene un carácter muy limitado. En primer lugar, la iniciación de negociaciones corresponde siempre al ejecutivo. En general, esta era una competencia atribuida al ministro de asuntos exteriores, pero cada vez más intervienen otros miembros del gobierno, en función del tipo de acuerdo que se negocie. El proceso de elaboración se desarrolla a través de negociaciones entre autoridades gubernamentales a puerta cerrada. A diferencia del proceso legislativo, la elaboración de tratados no permite el escrutinio público. En ocasiones, durante las negociaciones el gobierno consulta al parlamento de manera informal. Esta práctica varía según el país.³⁶ En general, las negociaciones se caracterizan por el secretismo y la falta de transparencia. Esta ha sido una crítica constante al proceso de ratificación y reforma de Tratados de la UE.³⁷

En la fase de autorización parlamentaria, el debate parlamentario no acostumbra a ser un debate sustantivo sobre el fondo. En general, el acceso a la información sobre las negociaciones es limitada³⁸ de modo que se desconocen las opciones discutidas. Los tratados llegan al parlamento una vez se han adoptado a nivel internacional. La única opción es la del “tómalo o déjalo,”³⁹ lo que limita la autonomía del parlamento en la práctica para modificar sustancialmente los contenidos acordados o para negarse a ratificar. Esta fase no permite la

³⁶ See Stefan A. Riesenfeld & Frederick M. Abbott, *Foreword: Symposium on Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties*, 67 CHICAGO-KENT LAW REVIEW 293, 303 (1991).

³⁷ Lars Hoffmann, *The Convention on the Future of Europe - Thoughts on the Convention-Model*, Jean Monnet Working Paper 11/02, 11 (New York School of Law 2002). The EU Charter of Fundamental Rights (2000) and the EU Constitution (2004) were drafted by a newly created “convention,” which included national and European parliamentary representatives. This convention drafted the texts that were later discussed by the representatives of the member states in the Intergovernmental Conference.

³⁸ Eyal Benvenisti, *Exit and Voice in the Age of Globalization*, 98 MICHIGAN LAW REVIEW 167, 200 (1999).

³⁹ *Id.* at 185-186; Jed Rubenfeld, *Unilateralism and Constitutionalism*, 79 NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW 1971, 2007-2008 (2004).

presentación de enmiendas. La única posibilidad es la de calificar el consentimiento a través de reservas o declaraciones interpretativas.⁴⁰ No obstante, la introducción de reservas suele estar limitada por el propio tratado y el derecho internacional general, que prohíbe reservas “incompatibles con el objeto y el propósito del Tratado.”⁴¹ Por lo tanto, la autorización parlamentaria puede concebirse casi como un mero automatismo.⁴²

Además, el ámbito material de los tratados abarca cada vez más materias antes reguladas por los ordenamientos internos. Tradicionalmente, los tratados internacionales se limitaban a materias de interés recíproco entre Estados soberanos (básicamente asistencia militar y establecimiento de fronteras) o a materias de naturaleza técnica administrativa.⁴³ En la actualidad, la mayor interdependencia y complejidad de los problemas económicos, políticos y sociales requieren regulación internacional y cooperación estable sobre materias antes reguladas por el legislativo, como la protección de los consumidores, salud, derechos fundamentales, etc. Como consecuencia de estas transformaciones, el rol principal del ejecutivo en la conclusión de tratados implica una mayor capacidad de influencia sobre las políticas nacionales.

Al margen de la ratificación de tratados internacionales, se han desarrollado nuevas formas de cooperación informal entre autoridades nacionales a través de una amplia variedad de redes intergubernamentales. Así, el rol del ejecutivo es cada vez más complejo. No se limita a negociar tratados internacionales con otros gobiernos, sino que participa en redes para diseminar información, cooperar en la aplicación de normas nacionales e internacionales, y promover la armonización de regulaciones en un conjunto variopinto de materias.⁴⁴ Interesa destacar que, en

⁴⁰ Riesenfeld & Abbott, *supra* note 36, at 307.

⁴¹ Article 19 (c) Vienna Convention.

⁴² In those countries in which international treaties are hierarchically superior or cannot be derogated or amended by law, the executive may constrain in this way the legislative capacity of (present and future) parliaments.

⁴³ See Walter, *supra* note 4, at 29.

⁴⁴ Slaughter, *supra* note 9, at 7, 51-61.

general, los participantes de las redes transnacionales son autoridades gubernamentales, que además se diversifican. Desde presidentes y primeros ministros en el G-8; miembros del gobierno (y no sólo ministros de asuntos exteriores), como ministros de agricultura, educación, interior, justicia, economía, trabajo, entre otros, en el Consejo del Mercado Común del MERCOSUR, o en el Consejo de Ministros de la UE; hasta autoridades de agencias independientes, como los representantes de bancos centrales en el Comité de Basilea. Por lo tanto, en este ámbito también, el legislativo queda totalmente relegado. Anne-Marie Slaughter indica la existencia de algunas redes transnacionales parlamentarias, pero reconoce que son mucho menos frecuentes y menos efectivas.⁴⁵ Entre las diversas causas de su reducido número y efectividad pueden indicarse las siguientes: dada la variedad de intereses representados y asuntos tratados, así como también la diversidad de sus miembros, es difícil identificar contrapartes en otros países; además, no poseen el conocimiento técnico especializado en un área concreta que potencia el desarrollo de las redes gubernamentales; en tanto que su mandato acostumbra a ser corto, tienen menos incentivos para colaborar de forma estable con parlamentarios extranjeros, quienes a su vez también cambian con frecuencia.⁴⁶

B. La toma de decisiones en el seno de organizaciones internacionales

Una importante novedad en el derecho internacional, sobre todo a partir de la II Guerra Mundial, ha sido la creación de instituciones internacionales con capacidad de adoptar normas o decisiones vinculantes para los Estados.⁴⁷ Además, en la UE, la legislación emanada de las instituciones europeas es aplicable directamente a los ciudadanos y goza de supremacía sobre el

⁴⁵ *Id.* at 104-105.

⁴⁶ *Id.* at 105.

⁴⁷ For example, in the European Union, the Andean Community, the World Health Organization, or the United Nations. Also, some treaties have set up courts to enforce treaty provisions or the decisions emanating from the institutions that have been established. This is the case, for instance, of the ECJ in the EU, the European Court of Human Rights in the European Convention of Human Rights, or the Appellate Body in the WTO.

derecho nacional. La transferencia de poderes a este tipo de regímenes plantea el mayor reto desde el derecho internacional a la soberanía nacional. Aunque de acuerdo con la visión común las nuevas instituciones sustituyen al Estado en el ejercicio de sus funciones, el ejecutivo mantiene una capacidad de actuación decisiva en el ámbito internacional, mientras que el papel del legislativo se debilita significativamente.

En la UE, los gobiernos nacionales tienen un papel central en la composición de las principales instituciones de producción legislativa. El Consejo Europeo, que define la orientación política general de la UE, está compuesto por los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros. El Consejo de Ministros, que es el principal centro de decisión política y legislativa, representa los intereses de los Estados miembros y está formado por los ministros de cada Estado. Dependiendo de los asuntos tratados, cada país puede estar representado por el ministro responsable de la materia en cuestión, ya sea agricultura, transporte, asuntos sociales, justicia, etc. El COREPER, que es el órgano de representación permanente del Consejo y se encarga de la preparación del trabajo, está compuesto por autoridades de nivel inferior a los ministros designados por los gobiernos.

La Comisión tiene la potestad de iniciativa legislativa, es el órgano ejecutivo de la UE y representa el interés comunitario. Antes del Tratado de Niza (2001), sus miembros eran designados por los gobiernos de los Estados miembros. En la actualidad, su designación corresponde al Consejo en su composición de jefes de Estado o de Gobierno por mayoría cualificada. No obstante, tal modificación no tiene gran relevancia práctica, en tanto que el Consejo está formado por los mismos que antes tomaban tal decisión. La mayoría cualificada podría introducir una dinámica distinta. No obstante, se establece que el Consejo adoptará la lista de los comisarios que se proponga nombrar “establecida de conformidad con las propuestas

presentadas por cada Estado miembro.”⁴⁸ Por lo tanto, al final, cada gobierno nacional puede nombrar un comisario. El poder de designación refleja la posición privilegiada de los gobiernos nacionales en contraposición con los parlamentos.

Los miembros del Parlamento Europeo son elegidos a través de sufragio por los ciudadanos europeos. Su papel en el proceso legislativo ha tenido un carácter secundario, pero la extensión del procedimiento de co-decisión le ha conferido un “status de casi igualdad”⁴⁹ con el Consejo en relación con un número cada vez mayor de materias. Además, los candidatos a comisarios deben comparecer y someterse a una sesión de preguntas ante el Parlamento Europeo. No obstante, el Parlamento sólo tiene capacidad para aprobar (o no) la Comisión en bloque. No puede rechazar candidatos concretos, lo que debilita su poder de control.

Los jueces del Tribunal de Justicia son designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros, y hay un juez por cada Estado.⁵⁰ No se está sugiriendo que el Tribunal actúe de acuerdo con las preferencias de los gobiernos, sino que se pone de manifiesto que son los gobiernos los que nombran a los jueces, sin intervención parlamentaria.

Como puede constatar, los grandes ausentes en el proceso de toma de decisiones comunitarias y en la constitución de sus instituciones son los parlamentos nacionales. Sobre todo a partir de los ochenta y del abandono del principio de unanimidad en el Consejo, los parlamentos nacionales adoptaron un rol más activo, reclamando una mayor intervención en asuntos comunitarios.⁵¹ Se ha hecho muy poco para satisfacer esta pretensión. Con ocasión del Tratado de Maastricht (1992) se adoptaron dos declaraciones instando a los gobiernos nacionales

⁴⁸ Article 214.2 EC Treaty. TREVOR C. HARTLEY, *THE FOUNDATIONS OF EUROPEAN COMMUNITY LAW* 13 (Oxford 2003): “If it were really true that the Commissioners did not in some sense represent their states, there would be no reason why they should be appointed on the nomination of their own governments.”

⁴⁹ Paul Craig, *The Nature of the Community: Integration, Democracy, and Legitimacy*, in *THE EVOLUTION OF EU LAW* 38 (Paul Craig & Gráinne de Búrca eds. 1999).

⁵⁰ Article 221 EC Treaty.

⁵¹ Philip Norton, *National Parliaments and the European Union: Where to from Here*, in *LAWMAKING IN THE EU* 209, 211 (Paul Craig & Carol Harlow eds. 1998).

a proporcionar mayor información a los parlamentos nacionales; así como también instando una Conferencia de Parlamentos Nacionales (COSAC) que fuera consultada en asuntos principales de la UE. El Tratado de Ámsterdam (1997) incluía un Protocolo que reforzaba tímidamente el papel del COSAC y la necesidad de que los gobiernos facilitaran información a los parlamentos nacionales sobre las propuestas legislativas de la Comisión. Estas iniciativas no han conseguido promover efectivamente el papel de los parlamentos nacionales en los procesos legislativos comunitarios.⁵²

Como consecuencia de la integración europea y el ejercicio de poderes públicos por instituciones supranacionales, el poder de los Estados miembros para la definición unilateral de las políticas nacionales en multiplicidad de ámbitos se restringe, sobre todo cuando no es necesaria la unanimidad de los Estados miembros en el Consejo. No obstante, estas instituciones no son entes totalmente al margen del Estado. Los Estados no desaparecen sino que subsisten en los ejecutivos, que son los que crean la nueva estructura institucional a través de los tratados constitutivos y participan también en la composición y funcionamiento de las instituciones europeas de formas diversas. Lo que es más, en el seno del Consejo, los gobiernos gozan de un poder normativo más extenso que el que internamente poseen en la medida en que no están supeditados al poder legislativo.⁵³ A la vez, el gobierno necesita readecuarse a una nueva forma de ejercer sus funciones y a coordinar su actuación con los gobiernos de otros países, en base a la negociación y el diálogo. Este tipo de instituciones compuestas por miembros del ejecutivo, como el Consejo, pueden verse como extensiones del poder ejecutivo a nivel internacional, o como mínimo proporcionando el marco para el ejercicio del poder público por los ejecutivos nacionales. La tradicional dicotomía entre la esfera nacional y la internacional no puede

⁵² Norton, *supra* note 51, at 212.

⁵³ ARACELI MANGAS MARTÍN, DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y DERECHO ESPAÑOL 187 (Tecnos 1987).

sostenerse. La actividad internacional del ejecutivo debería verse en línea de continuidad con sus funciones internas, y no como una esfera distinta y separada.⁵⁴ En conclusión, el gobierno crea y participa del nuevo sistema, mientras que legislativo queda totalmente relegado en la formación de políticas a nivel supranacional, que a su vez tienen impacto en el diseño de las políticas nacionales.⁵⁵

C. Aplicación del derecho internacional en el ordenamiento interno

En general, una vez los tratados internacionales, u otras normas producidas en el seno de organizaciones internacionales, tienen reconocida fuerza obligatoria, puede que sean de aplicación directa (*self-executing*) o no (*non self-executing*) en el ordenamiento interno. Sobre todo los segundos, pero a veces también los primeros, requieren normas nacionales de aplicación o desarrollo normativo. Tal aplicación puede ofrecer cierto margen de discrecionalidad a las autoridades estatales y por lo tanto es importante determinar el órgano aplicador.

En el ámbito de la UE, la aplicación del derecho comunitario se rige por el deber de colaboración de los Estados miembros y el principio de autonomía institucional y de procedimiento. En efecto, el derecho comunitario no prescribe los procedimientos y órganos de aplicación, sino que los Estados se adecuarán a las normas internas de derecho constitucional para determinar los órganos competentes y los procedimientos a seguir. No obstante, como se demostrará, la aplicación del derecho comunitario desequilibra la estructura institucional interna y ofrece un mayor ámbito de actuación al ejecutivo.

⁵⁴ Slaughter, *surpa* note 9, at 223.

⁵⁵ Thomas Poguntke, *A Presidentializing Party State? The Federal Republic of Germany*, in THE PRESIDENTIALIZATION OF POLITICS. A COMPARATIVE STUDY OF MODERN DEMOCRACIES 63, 68-69 (Thomas Poguntke & Paul Webb eds. 2006). Regarding Germany, Poguntke explains how the shift of powers to the EU has “introduced a significant ‘executive bias’ into the process of national policy formulation. When the chancellor (or a government minister) comes back from a European or international summit, they are usually in no position to negotiate the results with their parliamentary majority. . . . What has been agreed between representatives of national governments can hardly be unraveled by national parliaments.”

Las principales normas de derecho comunitario son los reglamentos y las directivas. Los reglamentos comunitarios son esencialmente normas legislativas que atribuyen derechos y obligaciones directamente a los ciudadanos y por lo tanto no necesitan ser transpuestos en los ordenamientos internos. No obstante, en ocasiones, medidas de ejecución son admitidas, como por ejemplo cuando el propio reglamento lo requiere explícitamente, o la vaguedad de los términos lo hace aconsejable. Las directivas, por el contrario, no son aplicables directamente en los ordenamientos nacionales.⁵⁶ Obligan a los Estados en cuanto al resultado, pero no imponen la forma y medios de alcanzarlos. Por lo tanto, corresponde a cada Estado decidir si la transposición se va a realizar por medio de norma con rango de ley o de reglamento.

En la práctica, en tanto que la regulación general de las materias transferidas se contiene en normas europeas, la forma de acción más habitual a nivel interno tiende a ser la aplicación por el gobierno. En relación con los reglamentos comunitarios, dado su grado de detalle y eficacia directa, será normalmente el gobierno el encargado de adoptar las normas que en su caso sean necesarias. Mayor incógnita plantean las directivas. En contra de lo que tiende a pensarse, en el Estado español la gran mayoría de las directivas se transponen a través de reglamentos⁵⁷ (real decretos u órdenes ministeriales). Desde la adhesión, sólo alrededor del 15% de las normas de transposición tienen rango de ley.⁵⁸ Además, muchas de las leyes de transposición se limitan a reproducir lo establecido en la directiva, dejando al ejecutivo la labor de desarrollo normativo.

⁵⁶ The ECJ has admitted that they are under certain circumstances: *Yvonne van Duyn v. Home Office*, C-41/74; *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen v. Hauptzollamt Kiel*, C-158/80.

⁵⁷ "EU regulations," which are legislative norms emanating from EU institutions, should not be confused with "executive regulations," which are norms issued by national executives within domestic systems.

⁵⁸ *Subdirección General de Asuntos Legales Comunitarios de la Secretaría de Estado para la Unión Europea, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación*, 13-3-2006. According to data provided by the *General Secretary of the European Commission*, 30-3-2006, in Spain, the percentage of directives transposed by statutes is 12.9%. Note that these figures are not measuring exactly the same: the percentage of directives transposed by statute is not the same as the percentage of transposing norms that are statutes. All the colleagues I told about these figures were surprised by the low percentages.

En este sentido, se sostiene que el proceso legislativo no es el más idóneo para la aplicación habitual del derecho comunitario,⁵⁹ en tanto que es lento y complejo, no tiene sentido reabrir el debate político, no pueden plantearse enmiendas y el carácter soberano del parlamento es “poco compatible con una función subordinada a los principios, objetivos y contexto de la norma comunitaria.”⁶⁰ En contraposición, se considera que los procedimientos normativos del ejecutivo son los que mejor se adaptan a la aplicación del derecho comunitario por su mayor simplicidad, rapidez y eficacia.⁶¹ Además, son los mismos gobiernos, como miembros del Consejo, los que participan en la elaboración de las normas comunitarias que necesitan ser aplicadas.⁶²

En varios países miembros se ha recurrido a delegaciones legislativas generales a través de las cuales el parlamento autoriza al gobierno a adoptar normas con rango de ley para la aplicación del derecho comunitario. En el Reino Unido, por ejemplo, la misma ley que incorporó el derecho comunitario en el ordenamiento interno, la *European Communities Act 1972*, habilitaba al gobierno para dictar normas con rango de ley.⁶³ En España tales delegaciones legislativas generales están prohibidas por el artículo 82 de la Constitución, pero la delegación legislativa para el desarrollo del derecho comunitario es posible dentro de los límites constitucionales. Por último, el decreto-ley, que permite al gobierno dictar normas con rango de ley en caso de extraordinaria y urgente necesidad, podría ser utilizado, por ejemplo, en los casos

⁵⁹ Mangas Martín, *supra* note 53, at 185; Tom Burns, *Going Dutch: Problems and Policies concerning the Implementation of EU Legislation in the Netherlands*, in *LAWMAKING IN THE EUROPEAN UNION* 454, 459 (Paul Craig & Carol Harlow eds. 1998).

⁶⁰ ARACELI MANGAS MARTÍN & DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS, *INSTITUCIONES Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA* 502 (Tecnos 2005).

⁶¹ Mangas Martín, *supra* note 53, at 192; Burns, *supra* note 59, at 459, 465.

⁶² Mangas Martín, *supra* note 53, at 192.

⁶³ John A. Usher, *The Legal Framework for Implementation in the United Kingdom*, in *IMPLEMENTING EC LAW IN THE UNITED KINGDOM: STRUCTURES FOR INDIRECT RULE* (Terence Daintith ed. 1995). For other countries that adopted general legislative delegations see Mangas Martín, *supra* note 53, at 194-196.

en que el plazo de transposición esté próximo a agotarse para evitar la responsabilidad del Estado.

Por lo tanto, en general, en la aplicación del derecho comunitario a través de normas nacionales, el ejecutivo desplaza al legislativo, lo que altera las relaciones ley/reglamento. La opinión dominante de la doctrina española es contraria a los reglamentos administrativos “independientes,” que son aquellos que no desarrollan ninguna ley previa.⁶⁴ Como consecuencia de la nueva función consistente en la aplicación del derecho comunitario, pueden dictarse reglamentos que desarrollen directamente derecho comunitario, y por lo tanto independientes de la ley. Formalmente, no son independientes de la “ley comunitaria,” pero desde el punto de vista del principio democrático aplicado a las relaciones ley/reglamento, son independientes en el sentido que no desarrollan la legislación emanada del órgano de representación democrática.

Además, las materias transferidas a la UE pueden ser materias que estaban “reservadas a la ley” por la Constitución o cuya regulación afecte directamente a materias reservadas, como por ejemplo la protección de los consumidores o el comercio interior. La “reserva de ley” significa que el parlamento tiene el poder exclusivo de regular la materia reservada, y que el ejecutivo sólo puede intervenir cuando exista una remisión expresa por parte del parlamento para simplemente complementar la legislación. Así que en un ámbito en el que la definición de políticas por parte del parlamento era preceptiva, su autonomía queda muy limitada o simplemente desaparece. No es directamente sustituido por el ejecutivo, sino por los órganos de decisión comunitarios, pero, como antes se ha argumentado, el ejecutivo participa en el Consejo. Además, a nivel interno, el ejecutivo podría regular estas materias sin necesidad de una remisión

⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, I CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO 214-217 (Civitas 2004): “El reglamento no puede ser independiente de la ley, por la simple razón de que la creación de derecho objetivo para los ciudadanos no puede independizarse de la ley en el Estado moderno.”

legislativa expresa (especialmente cuando el ámbito de la reserva se agota en la norma comunitaria), dada la mayor eficacia y rapidez del procedimiento reglamentario.

En conclusión, en relación con las materias transferidas a la UE, el parlamento es obviado en su función legislativa principal. En primer lugar, la regulación general de un gran número de materias (reservadas o no a la ley) se realiza a nivel europeo, en el que los ejecutivos tienen capacidad de actuación a través del Consejo.⁶⁵ En segundo lugar, a nivel interno, la aplicación del derecho comunitario se realiza en su mayor parte a través de normas reglamentarias que desarrollan directamente derecho comunitario. Una vez determinadas materias son transferidas, el ejecutivo adquiere mayor capacidad de decisión sobre las mismas, a expensas del legislativo.

En otro orden de ideas, las nuevas funciones derivadas de la integración han requerido la adaptación de las estructuras administrativas internas. La formación de la voluntad nacional expresada a nivel internacional se produce en el seno de la administración pública, que después tiene el papel principal en la aplicación. Como consecuencia, la propia administración se expande. En palabras de Luciano Parejo, “La integración supranacional constituye un decisivo factor de transformación de la administración y el derecho administrativo nacional. La razón es clara[:]. . . extiende la función de las administraciones públicas de los Estados, al convertirlas en administraciones indirectas de la instancia comunitario-europea.”⁶⁶ En España, la participación en la UE ha tenido un impacto importante en la propia organización administrativa. Se creó la Secretaría de Estado para la UE, dentro del Ministerio de Asuntos Exteriores para la “coordinación de la acción de la Administración española en las Instituciones Comunitarias.” De ella dependen la Secretaría General para la UE, la Dirección General de Integración y Coordinación de Asuntos Generales y Económicos, y la Dirección General de Coordinación del

⁶⁵ LUCIANO PAREJO ALFONSO, DERECHO ADMINISTRATIVO 202 (Ariel 2003).

⁶⁶ *Id.* at 204.

Mercado Interior y otras Políticas Comunitarias. Cada una se estructura en distintas subdirecciones generales. A la vez, han surgido unidades y órganos especializados en los diferentes ministerios para el desarrollo de las funciones correspondientes a las concretas políticas supranacionales en sus respectivas áreas de responsabilidad. También se han creado comisiones interministeriales para la coordinación de distintos ministerios.

Por último, y aunque no puede abundarse en este tema por razones de espacio, es importante indicar que en Estados de tipo federal, como España, la ejecución de las obligaciones internacionales puede dar lugar a la alteración solapada de la distribución interna de competencias en favor del gobierno central. Aunque el Tribunal Constitucional español ha declarado que la ejecución del derecho comunitario no puede ser un instrumento para desvirtuar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el principio de la responsabilidad del Estado por el cumplimiento del derecho comunitario puede conducir a la expansión del gobierno central en relación con determinadas materias.⁶⁷

IV. Conclusión

La concentración de poder en el ejecutivo es un fenómeno que desde hace tiempo se produce en el seno de los ordenamientos nacionales.⁶⁸ Esta tendencia se ha visto exacerbada como consecuencia de la internacionalización de los procesos de decisión pública, que por un lado des-concentra el poder en multiplicidad de esferas inter-, supra- y trans-nacionales, y por el otro re-concentra el poder en el ejecutivo. Como consecuencia, se altera la concepción unitaria del Estado y el equilibrio constitucional de poderes. El desarrollo de sistemas de regulación

⁶⁷ LUÍS MARÍA DÍEZ PICAZO, *CONSTITUCIONALISMO DE LA UNIÓN EUROPEA* 191-193 (Civitas 2002).

⁶⁸ PAUL CRAIG & GRÁINNE DE BÚRCA, *EU LAW: TEXT, CASES, AND MATERIALS* 169 (Oxford University Press): “Executives tend to be dominant in most modern domestic polities. . . . The idea that national parliaments really control the emergence or content of legislative norms no longer comports with reality”; Martin Shapiro, *Implementation, Discretion and Rules*, in *COMPLIANCE AND ENFORCEMENT OF EUROPEAN COMMUNITY LAW* 27 (J. A. E. Vervaele ed. 1999).

internacional detallados sobre un creciente número de materias y la intensa colaboración a través de redes transnacionales tienen cada vez una mayor influencia o incluso determinan las políticas nacionales, y al final la ordenación de la vida de los ciudadanos. Por consiguiente, el declive de los parlamentos nacionales, como representantes de la diversa composición e intereses de la sociedad, es problemático desde el punto de vista de la legitimidad democrática de los nuevos procesos de decisión y los productos normativos derivados.⁶⁹ Aunque los Estados retengan el poder de coerción, las normas aplicadas se gestan en foros inter-, supra- y trans-nacionales. Los críticos denuncian la distorsión de los procesos políticos nacionales y del equilibrio de intereses dentro del Estado.

Para contrarrestar el rol en declive del legislativo se ha propuesto reforzar la participación parlamentaria en procesos de decisión a nivel internacional. No obstante, un parlamento mundial, o de ámbito internacional-regional, no es viable, entre otras razones, porque no existe una identidad colectiva (*demos*) capaz de fundamentar un régimen democrático más allá de las fronteras nacionales. Incluso en la UE, cuyo grado de integración es elevado, no existe un *demos* europeo.⁷⁰ Por consiguiente, el déficit democrático no pueda resolverse simplemente atribuyendo mayores poderes al Parlamento Europeo.⁷¹ Por otro lado, Slaughter sugería que, en tanto que el ideal de democracia representativa no va a desaparecer, es vital desarrollar redes transnacionales de legisladores.⁷² De acuerdo con esta autora, tales redes contribuirían a solucionar problemas de

⁶⁹ In presidential systems, both parliament and president are elected by the people. Still, there are differences regarding their respective claims to democratic representation. Parliament embraces majorities and minorities, and the legislative process guarantees that all interests will be taken into account. I will leave this discussion for Panel I. In any event, the direct election of the president does not seem to be sufficient to ground the legitimacy of all forms of international lawmaking from the standpoint of representative democracy.

⁷⁰ Some argue this might evolve in the future. See Jürgen Habermas, *Comment on the Paper by Dieter Grimm: Does Europe need a Constitution?*, 1 EUROPEAN LAW JOURNAL 303, 305-307 (1995).

⁷¹ Dieter Grimm, *Does Europe Need a Constitution?*, 1 EUROPEAN LAW JOURNAL 282, 291-297 (1995).

⁷² Anne-Marie Slaughter, *Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy*, 24 MICHIGAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1041, 1073 (2003).

distorsión de los procesos políticos nacionales.⁷³ No obstante, por los motivos estructurales indicados con anterioridad, tales redes nunca podrán alcanzar el grado de efectividad de las redes gubernamentales. Además, aunque parlamentarios participen en foros internacionales y puedan contribuir a la legitimidad de los procesos de decisión, la voluntad popular queda igualmente distorsionada porque deben colaborar con los legisladores de otros países, que representan otras voluntades. Por lo tanto, el reto a la democracia representativa no puede ser resuelto simplemente con el desarrollo de redes transnacionales parlamentarias paralelas a las redes de autoridades gubernamentales.

La función más efectiva de los parlamentos nacionales, a veces subestimada en este contexto, es la supervisión y control de la acción internacional del ejecutivo a través de mecanismos internos, que deberían ser reforzados (o creados de nuevo cuando no existan). Los diversos miembros del ejecutivo desarrollan sus funciones en el ámbito nacional e internacional, de modo que sus responsabilidades deberían reconceptualizarse incluyendo ambas facetas de su actividad. El parlamento debería tener mayor capacidad de participación y control en relación con la política exterior del gobierno, dado el creciente grado de influencia de ésta sobre el ordenamiento interno. En esta línea, en el contexto de la UE, por ejemplo, se ha planteado la posibilidad de someter a los ministros a un mandato parlamentario, de modo que sólo puedan adoptar en el Consejo las posiciones previamente aprobadas por los parlamentos nacionales.⁷⁴ Podría también exigirse que los gobiernos consultaran a los respectivos parlamentos en la designación de los miembros de la Comisión, o hasta atribuirles internamente el poder de designación.

⁷³ Slaughter, *supra* note 9, at 238.

⁷⁴ Such as in Denmark, Norton, *supra* note 51, at 216.

Desde el marco conceptual de la democracia representativa, el problema radica en la globalización misma, como proceso de desnacionalización y al final en la crisis del paradigma de la soberanía nacional. La legitimidad democrática en base al consentimiento popular presupone un pueblo que se autogobierna y determina su propio futuro dentro de los límites territoriales del Estado.⁷⁵ Como consecuencia de la globalización, no todo el poder ejercido dentro del Estado deriva de fuentes estrictamente nacionales.⁷⁶ El Estado se transforma y el ejercicio de funciones públicas se localiza en una pluralidad de foros más allá de las fronteras nacionales.⁷⁷ El hecho que los nuevos procesos de decisión y producción normativa no satisfagan el modelo clásico de democracia no significa que el derecho internacional u otras formas de cooperación transnacional para el ejercicio de funciones públicas sean ilegítimas. No puede trasladarse un concepto de legitimidad que presupone la unidad Estado-poder-nación al contexto internacional, sino que es necesario replantear las fuentes de legitimidad a la luz de los nuevos problemas e instituciones en un mundo globalizado.

Desde la filosofía política diversos autores han formulado modelos alternativos de democracia aplicables al contexto internacional:⁷⁸ democracia deliberativa,⁷⁹ democracia cosmopolita,⁸⁰ o democracia horizontal,⁸¹ entre otros. Desde perspectivas diversas se insiste que

⁷⁵ Without focusing on national boundaries, the ideal model of representative democracy has already been questioned from both a descriptive and a normative standpoint, and alternative models of democracy have been advanced, for instance: pluralist, competitive elitist, or neocorporatist. See Held, *supra* note 18.

⁷⁶ Neil MacCormick, *Beyond the Sovereign State*, 56 THE MODERN LAW REVIEW 1, 16 (1993)

⁷⁷ David Held, *Democracy and the New International Order*, in COSMOPOLITAN DEMOCRACY 96, 99 (Daniele Archibugi & David Held eds. 1995): "National communities by no means make and determine decisions and policies exclusively for themselves, and governments by no means determine what is right or appropriate exclusively for their own citizens."

⁷⁸ Held, *supra* note 77, at 96-97: "While we cannot do without democracy, it is increasingly bankrupt in its traditional shape and, thus, needs fundamental reform, in the short and long terms."

⁷⁹ DEIRDRE CURTIN, POSTNATIONAL DEMOCRACY. THE EUROPEAN UNION IN SEARCH OF A POLITICAL PHILOSOPHY (Kluwer 1997); Jens Steffek, *The Legitimation of International Governance: A Discourse Approach*, 9 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL RELATIONS 249, 271 (2003).

⁸⁰ Held, *supra* note 77, at 106-117.

⁸¹ Slaughter, *supra* note 72, at 1071-1073.

la *accountability*⁸² de los actores que intervienen en los procesos de producción normativa es esencial para garantizar su legitimidad.⁸³ En esta línea, se indica la necesidad de establecer mecanismos que garanticen la transparencia⁸⁴ y la participación⁸⁵ en los procesos de decisión pública más allá del Estado.⁸⁶ La revisión judicial, ya sea a nivel nacional o internacional, es también un importante instrumento de control.⁸⁷ Por otro lado, el conocimiento técnico especializado de los actores que intervienen (*expertise*) y sobre todo la eficacia de las regulaciones adoptadas para la consecución de determinados objetivos pueden contribuir a la legitimidad desde el punto de vista del resultado (*output legitimacy*).⁸⁸ Así, la legitimidad puede derivarse de distintas fuentes al mismo tiempo. Dada la diversidad de organizaciones internacionales y redes transnacionales, los problemas de legitimidad que plantean y la estrategia adecuada para garantizarla pueden variar.⁸⁹

En conclusión, la fragmentación del poder público no es un mal necesario que deba ser admitido simplemente en aras de una mayor efectividad. La desconcentración del poder público contribuye a superar los riesgos inherentes a la soberanía nacional ilimitada⁹⁰ a través de la colaboración y el control mutuo entre una pluralidad de foros de decisión (*checks and balances*).

⁸² Anne-Marie Slaughter, *The Accountability of Government Networks*, 8 INDIANA JOURNAL OF GLOBAL LEGAL STUDIES 347 (2001); Delbruck, *supra* note 8, at 42.

⁸³ A group of scholars, Kingsbury, Krisch & Stewart, *supra* note 13, at 17, approach the legitimacy problems arising from globalization from the perspective of “global administrative law,” defined as “comprising the mechanisms, principles, practices and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make.”

⁸⁴ Slaughter, *supra* note 9, at 235-237, noting that transparency might be problematic from the standpoint of efficacy, since one of the advantages of transnational networks is their flexibility and informality.

⁸⁵ International regimes and networks might favor the participation of a broad range of governmental and non-governmental actors. This uncontrolled participation also raises criticism. See Martin Shapiro, *Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance*, 9 INDIANA JOURNAL OF GLOBAL LEGAL STUDIES 369, 374 (2001): “While the ticket to participation in governance is knowledge and/or passion, both knowledge and passion generate perspectives that are not those of the rest of us.”

⁸⁶ Kingsbury, Krisch & Stewart, *supra* note 13, at 34-39.

⁸⁷ *Id.* at 40.

⁸⁸ Delbruck, *supra* note 8, at 42-43

⁸⁹ *Id.* at 43.

⁹⁰ Paul Kahn, *The Question of Sovereignty*, 40 STANFORD JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 259, 264 (2004): “A regime of nation-states was a regime at war or anticipating the possibility of war.”

En esta línea, la razón de fondo que impulsó la integración europea fue precisamente limitar los excesos potenciales de los Estados soberanos (incluso democráticos) a través de la creación de una comunidad supranacional a la que se atribuyen poderes normativos.⁹¹ Por otro lado, el consabido déficit democrático de la UE surge de la comparación con un modelo de democracia representativa que no puede trasladarse a nivel internacional y que de todos modos tampoco existe a nivel doméstico en su versión ideal.⁹² Se ha sugerido que si se compara la UE con el funcionamiento real de las democracias de los Estados miembros, la crítica democrática, al menos en la medida que sólo se dirija a la UE, pierde fuerza.⁹³ Además, como se argumentó, la globalización igualmente crea presiones e incentivos para adoptar formas de regulación colectiva transnacional. En comparación con la alternativa de un conjunto heterogéneo de acuerdos internacionales dominados en exclusiva por los ejecutivos, el establecimiento de una estructura institucional estable, como la UE, ofrece mayores ventajas no sólo desde la perspectiva de la eficiencia (se evitan costes de transacción y negociación), sino también desde la perspectiva de la legitimidad.⁹⁴ Los procesos de toma de decisiones adquieren mayor visibilidad y es posible configurar la intervención de instituciones diversas en representación de intereses distintos. Los procesos de producción normativa en la UE gozan de la doble legitimidad de los gobiernos representados en el Consejo y los ciudadanos en el Parlamento Europeo. La Comisión contribuye

⁹¹JOSEPH H. H. WEILER, *THE CONSTITUTION OF EUROPE* 341 (Cambridge 1999): “A central plank of the project of European integration may be seen, then, as an attempt to control the excesses of the modern nation-state in Europe, especially, but not only, its propensity to violent conflict.”

⁹² For instance, the ideal view of the legislative branch as reflecting on the popular will is already under criticism. Instead, the legislative is captured by interest groups. See MARTIN SHAPIRO, *FREEDOM OF SPEECH: THE SUPREME COURT AND JUDICIAL REVIEW* 24 (Prentice-Hall 1966). Also, the same tendency toward executive aggrandizement exists within modern domestic polities. Craig & de Búrca, *supra* note 68, at 169-170.

⁹³ Andrew Moravcsik, *In Defence of the “Democratic Deficit”: Reassessing Legitimacy in the European Union*, 40 *JOURNAL OF COMMON MARKET STUDIES* 603, 621: “When judged by the practices of existing nation-states and in the context of a multi-level system, there is little evidence that the EU suffers from a fundamental democratic deficit.” However, this argument does not necessarily deny a democratic deficit, but emphasizes that it is not privative of the international sphere. If the states can be democratic under current practices, then the EU is no less democratic than the states.

⁹⁴ Craig & de Búrca, *supra* note 68, at 170.

al equilibrio institucional en representación del interés comunitario.⁹⁵ Así, una pluralidad de instituciones (que se controlan mutuamente) deben colaborar en la producción de normas comunitarias.⁹⁶ Además, el Tribunal de Justicia garantiza que las instituciones comunitarias no se excedan de sus competencias y que las normas producidas respeten los derechos fundamentales. La participación de los parlamentos nacionales es todavía insatisfactoria, pero en una red informe de acuerdos internacionales *ad hoc* podrían ser totalmente ignorados sin esperanzas de poder mejorar su posición. Por otro lado, la UE es un sistema de gobierno multinivel, en el que la implementación del derecho comunitario requiere de la colaboración de las diversas autoridades nacionales. En definitiva, en el seno de la UE existen importantes mecanismos de distribución y control del poder, tanto horizontal (entre las instituciones comunitarias) como vertical (entre la UE y los Estados miembros). El equilibrio institucional como mecanismo para promover la deliberación entre instituciones que representan sectores diversos en busca del interés común puede asociarse a una visión deliberativa de la democracia.⁹⁷ Al final, los nuevos conflictos y tensiones generados en el marco de la internacionalización de los procesos de producción normativa requieren de nuestra imaginación política para formular modelos de legitimidad que permitan reconciliar la democracia con el pluralismo de foros de decisión pública a nivel inter-, supra- y trans-nacional.

⁹⁵ Craig, *supra* note 49, at 38-40.

⁹⁶ *Id.* at 40: “The very structure of decision-making under the co-decision procedure forces the players to re-evaluate their preferences in the light of the opinions expressed by the other participants.”

⁹⁷ *Id.* at 36-42.