

Los contextos ordinamentales de la tutela multinivel de los derechos

Francisco BALAGUER CALLEJÓN*

Sumario: 1. Introducción 2. La simetría entre democracia y derechos en el Estado constitucional 3. El nivel estatal y el paradigma del Estado constitucional 4. Las asimetrías de los niveles supranacionales 5. La transformación del nivel estatal en un sistema multinivel 6. La desustancialización de los derechos en el nivel europeo y global 7. Conclusiones

1. Introducción

La tutela multinivel de los derechos, más allá de sus referencias teóricas¹, es una de las grandes aportaciones civilizatorias del siglo XX. Se trata de la cara indudablemente positiva de la pérdida de poder de los Estados nacionales en el contexto de la globalización y de la integración supranacional. Expresa una tendencia clara a darle una dimensión supranacional y global a los derechos y a limitar la soberanía estatal en favor de su protección.

Sin embargo, en este como en otros muchos ámbitos de proyección global o supranacional del derecho constitucional no es posible obviar las diferencias entre los distintos niveles de protección, como si todos fueran iguales y funcionaran del mismo modo. De ahí que la atención al contexto ordinamental e institucional en el que se desarrolla cada nivel sea necesaria. La protección de los derechos no tiene las mismas características cuando se produce en la sede natural del constitucionalismo, el Estado, que cuando se articula en base a una organización supranacional o global. En particular, en lo que aquí vamos a analizar, la protección supranacional en relación con la estatal, no puede decirse que el contexto ordinamental sea el mismo o equivalente al estatal.

No es lo mismo, por ejemplo, una protección exclusivamente jurisdiccional, basada en un contexto ordinamental limitado tan sólo al instrumento internacional de protección (CEDH) en el que no hay posibilidad de interacción con un legislador democrático, que un contexto en el que esa interacción se produzca, aunque de manera incipiente respecto de la democracia pluralista (UE). Tampoco es irrelevante, desde esa perspectiva, que la función de los tribunales sea el control de la mayoría gobernante o que el contexto ordinamental e institucional sea distinto justamente por la inexistencia de una democracia pluralista (UE).

El análisis del contraste que nos ofrecen estos diversos contextos en relación con el parámetro de la protección en el seno de la constitución estatal no está orientado a procurar una imposible (CEDH) o más o menos lejana (UE) orientación estatal de la organización supranacional. Su finalidad es simplemente aportar claridad y diferenciación allí donde se suele ofrecer una perspectiva indiferenciada de los distintos niveles de protección como si todos estuvieran configurados del mismo modo. Por otro lado, la tutela multinivel también incide en la articulación estatal de la protección de los derechos, que no puede permanecer ajena a ella como si nada hubiera cambiado en el contexto ordinamental del Estado nacional.

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Granada.

¹ Que tienen que ver con la idea de un constitucionalismo multinivel formulada por I. Pernice, *Multilevel constitutionalism in the European Union*, en *European law review*, 5/2002, pp. 511-529.

Además de la distinción formal, que intenta determinar la diferente configuración de los diversos niveles de protección, en este texto se aborda también la cuestión de las transformaciones que se están produciendo en relación con la configuración sustantiva de los derechos, en el sentido de un alejamiento progresivo de su fundamento constitucional. Se trata de transformaciones que están alterando en cierta medida el sujeto de los derechos, situando la titularidad de los derechos en un terreno ajeno a las categorías “fuertes” de persona o de ciudadano y que están incorporando a la estructura de los derechos elementos de “cosificación” en cuanto “productos” sometidos a las condiciones del mercado. Una dinámica que tiene también un reflejo en el ámbito supranacional de la UE debido a la tensión que sobre la CDFUE genera la ausencia de un contexto constitucional.

2. La simetría entre democracia y derechos en el Estado constitucional

El constitucionalismo moderno estableció una relación indisoluble entre las condiciones estructurales de ejercicio del poder y la garantía de los derechos². Esa relación se manifiesta en el tan citado artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. La separación de poderes a la que apela ese artículo contenía una exigencia de conformación del poder público destinada a favorecer el despliegue de unos derechos que eran concebidos en ese momento como derechos resistencia frente al Estado. La división del poder y el control recíproco de los poderes estatales tenían como finalidad básica la de limitar su intervención sobre la sociedad. Naturalmente, esa concepción de los derechos cambiaría posteriormente, con la incorporación de los derechos sociales al constitucionalismo, pero se ha seguido manteniendo la idea de que la garantía de los derechos está condicionada por la organización del poder público. Por otro lado, a diferencia del constitucionalismo oligárquico³ basado en el sufragio censitario en el que se inscribe la Declaración de 1789, el Estado constitucional que se consolida con las constituciones normativas posteriores a la Segunda Guerra Mundial se basará ya en una estructura democrática, en una democracia pluralista.

Democracia y derechos mantienen una relación de recíproca dependencia, de tal manera que no es posible hablar de democracia sin derechos ni podemos garantizar la viabilidad de un sistema de derechos fundamentales sin la existencia de condiciones democráticas. Aún más, podríamos establecer una continuidad esencial entre ambos términos en el sentido de que la democracia está genéticamente compuesta de derechos y que los derechos fundamentales son, en gran medida, la expresión o la proyección de la democracia.

El constitucionalismo de las constituciones normativas recogerá y perfeccionará esa idea fundamental de que la proclamación constitucional de los derechos debe ir acompañada de una estructuración del poder que garantice su realización efectiva. En la constitución normativa ese principio esencial se conecta ya con la idea de democracia, en el sentido de democracia pluralista, ausente en el primer constitucionalismo. El equilibrio, la simetría y la interacción entre democracia pluralista y derechos, es la gran aportación de las constituciones normativas al constitucionalismo.

Pero las Constituciones normativas no son ya el último desarrollo de los sistemas constitucionales actuales porque expresan, en realidad, la formulación de las normas fundamentales bajo las condiciones del Estado nacional. En el contexto de la globalización, sin embargo, estamos asistiendo al progresivo desarrollo de un derecho constitucional de la integración supra nacional que está generando nuevas condiciones a las que se somete hoy, en diversa medida – dependiendo de la

² Cfr. F. Balaguer Callejón, *La interacción entre democracia y derechos en el constitucionalismo y su proyección supranacional y global*, en AaVv, *Memoria del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica ¿Cómo argumentar los derechos humanos?*, México, 2013, pp. 45-87.

³ En la expresión de G. Zagrebelsky, cfr. Id., *Manuale di Diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988, pp. IX-X.

también diferente incidencia de ese derecho constitucional supranacional – la relación entre democracia y derechos.

En las nuevas experiencias de integración supranacional (de las que se analiza el modelo europeo, por ser el más avanzado) la simetría entre democracia y derechos se rompe en parte por la ausencia de un espacio pluralista en el que se articule el juego entre mayorías y minorías, ya que son los Estados los que deciden sobre la base de los intereses nacionales. No obstante, también podemos apreciar nuevas formas de división del poder inspiradas en la ordenación plural inherente a la diversidad de ordenamientos y de estructuras políticas propias de la integración supranacional. La palabra clave es aquí la interacción dialéctica entre los diversos niveles de tutela de los derechos.

Desde el punto de vista de la relación entre democracia y derechos, podemos ver como el proceso de globalización y los procesos de integración supranacional están afectando a la simetría que el constitucionalismo había establecido entre ambos términos. Esto es, a la exigencia de una determinada conformación del poder político para que la garantía de los derechos resulte viable. Pero, al mismo tiempo, esta ruptura de la simetría va acompañada del establecimiento de nuevos controles a los poderes públicos nacionales, a través de una estructura que está orientada específicamente a la garantía supranacional de los derechos, como ocurre con el CEDH⁴.

En otros supuestos, tratándose de procesos de integración supranacional como el de la UE, la simetría entre democracia y derechos presenta facetas problemáticas pues la proclamación de derechos, formalmente realizada a través de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, carece de un contexto institucional plenamente democrático tanto desde el punto de vista de la configuración de las instituciones como del propio espacio público europeo. Al mismo tiempo, el espacio público nacional puede verse afectado por la ausencia de configuración democrática europea y experimentar limitaciones de derechos que ya no son objeto de decisiones internas, basadas en la simetría entre democracia y derechos establecida en la propia constitución nacional, como ocurrió durante la crisis financiera de 2008.

Sin negar que el proceso de integración también presenta aspectos positivos desde el punto de vista del reforzamiento de la estabilidad democrática de los Estados miembros de la Unión Europea y de la interacción entre niveles de protección de los derechos que pueden contribuir a su desarrollo, lo cierto es que la asimetría entre democracia y derechos supone una ruptura de la cultura constitucional que ha inspirado al constitucionalismo. La restauración de esa cultura constitucional solo será posible mediante la plena democratización y constitucionalización de la Unión Europea.

La entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el 1 de diciembre de 2009, con el Tratado de Lisboa, supuso un fuerte impulso a la garantía de los Derechos a nivel europeo. Sin embargo, por sí misma no evita la una ruptura de la simetría entre democracia y derechos, que ha caracterizado previamente al constitucionalismo. En realidad, la existencia de un espacio de derechos sin contexto democrático propio es común a otros fenómenos de protección supranacional de los derechos. Lo que ocurre es que, en esos otros ámbitos, la protección supranacional, por definición, no necesita estar orientada en el sentido del pluralismo constitucional y desde la perspectiva del control de la mayoría que legisla, como sí debería estar en la Unión Europea.

3. El nivel estatal y el paradigma del Estado constitucional

La configuración de un Derecho constitucional supranacional específicamente referido a los derechos fundamentales exige un nuevo estatuto metodológico para analizar los Derechos de acuerdo con su contexto institucional y ordinamental. En general, se suelen analizar los distintos niveles de protección de los derechos como si sus características fueran iguales, como si no hubiera diferencias

⁴ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Die Einwirkungen des Unionsrechts und der EMRK auf die nationalen Verfassungen. Der Fall Spanien*, en *Verfassungsentwicklungen im Vergleich*, Berlin, 2021.

relevantes entre el nivel territorial, por ejemplo y el nivel europeo, sea del CEDH sea de la UE. Se trasladan habitualmente las categorías que se han desarrollado en el ámbito estatal a los otros niveles sin tener en cuenta las diferencias que existen en la configuración interna de cada nivel.

En el Estado constitucional de Derecho, los derechos fundamentales son una pieza esencial del orden constitucional. Su reconocimiento constitucional no tiene solo una función declarativa y garantizadora respecto de los derechos mismos, sino que, en un segundo plano, sirve también de instrumento básico potenciador del equilibrio de poderes. Esto significa que la proclamación constitucional de los derechos fundamentales desarrolla una función de retroalimentación del sistema democrático que, en última instancia, favorece también la realización de los derechos proclamados⁵.

La constitucionalización de los derechos sirve, ante todo, para establecer dos niveles diferenciados en su realización: el nivel constitucional y el nivel legislativo. Como indica P. Cruz Villalón, el constituyente prefigura y el legislador configura los derechos⁶. El constituyente, al prefigurar los derechos establece ya límites al legislador. Límites que actúan directamente en relación con el contenido esencial del derecho garantizado en algunas constituciones. De tal manera que la ausencia de desarrollo legislativo no impide la realización esencial del derecho.

Por su parte, el legislador puede configurar los derechos a partir de los preceptos constitucionales en un desarrollo que resulta necesario para la plena efectividad de muchos de ellos. La función legislativa permite definir los objetivos que, dentro del marco constitucional, se marca la comunidad en relación con los derechos constitucionales. Esos objetivos no son una mera expresión de la voluntad mayoritaria porque tienden a reflejar un consenso básico, no necesariamente tan amplio como el pacto constituyente, pero respetuoso con las minorías. Los límites materiales y, a veces, procedimentales, establecidos en la constitución, enmarcan esa capacidad de configuración del legislador. A través de la función legislativa, articuladora del pluralismo dentro del marco constitucional, se hace posible el desarrollo democrático de los derechos constitucionales.

Además de la constitución y el legislador, la jurisdicción constitucional desarrolla una importante función en relación con los derechos fundamentales en el Estado constitucional. Se trata de una función interactiva con la del legislador que conecta el nivel constituyente con el legislativo. La jurisdicción constitucional produce derecho en ambos niveles y contribuye de manera decisiva al desarrollo de los derechos constitucionales. Pero la jurisdicción constitucional está también sometida a límites estructurales que impiden una orientación excesivamente jurisprudencial del desarrollo de los derechos en perjuicio de la capacidad de configuración del legislador.

Así pues, en el Estado constitucional de Derecho se intenta un equilibrio en la realización de los derechos fundamentales entre tres agentes esenciales: constituyente, legislativo y jurisdiccional, que interactúan sobre un contexto previamente definido: las disposiciones y normas constitucionales. Pero este equilibrio no se da en los niveles supranacionales de protección de los derechos, que descansan esencialmente sobre la actividad jurisdiccional.

La labor del TEDH y del TJUE es muy relevante y ha supuesto una aportación decisiva al desarrollo de los derechos a nivel europeo. Sin embargo, esa labor no puede analizarse con la misma metodología que la protección a nivel nacional justamente porque se trata de una construcción pretoriana donde no existe un legislador de los derechos (o no existe con las características del legislador estatal) ni tampoco un espacio público desarrollado y basado en la democracia pluralista que sirva de contrapeso y que potencie un equilibrio en la protección de los derechos en esos niveles.

⁵ Cfr. en relación con lo que se expone en este apartado, F. Balaguer Callejón, *Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale*, en G. Rolla (ed.), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, 2001, pp. 113-130. Existe versión española: F. Balaguer Callejón, *Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 1/2004.

⁶ P. Cruz Villalón, *El legislador de los derechos fundamentales*, en A. López Pina (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Madrid, 1991.

4. Las asimetrías de los niveles supranacionales

El desarrollo del Derecho constitucional supranacional, con sus diferentes evoluciones en Europa y en otros ámbitos geográficos, debe ser objeto de análisis desde el Derecho constitucional con un nuevo estatuto metodológico que permita dar cuenta de las diferencias entre el constitucionalismo de las constituciones normativas y la proyección supranacional y global del Derecho constitucional. De momento, podemos constatar en esta nueva configuración del constitucionalismo, una ruptura de la simetría entre democracia y derechos que ha caracterizado a las constituciones normativas. Así, hay espacios de derechos sin contexto democrático equiparable a los nacionales y también hay espacios democráticos sometidos a limitaciones de derechos generadas en niveles supranacionales o globales.

La garantía de los derechos en el ámbito supranacional descansa de manera básica (UE) o exclusiva (CEDH) sobre el esfuerzo desarrollado por los tribunales. Naturalmente que el desarrollo jurisprudencial de los derechos es necesario. Pero en el nivel supranacional, la garantía jurisdiccional deja de ser una instancia interactiva con otros agentes de realización de los derechos, y puede llegar a convertirse en una institución desligada de las condiciones prácticas y jurídicas que se dan en cada ordenamiento concreto (como ocurre en el ámbito del CEDH, donde el TEDH conoce bien el parámetro de enjuiciamiento, pero no necesariamente tan bien el objeto de enjuiciamiento).

Mientras los tribunales constitucionales internos controlan a los otros agentes actuando sobre un marco de competencias definidas y de responsabilidad política y jurídica, los tribunales supranacionales tienen un margen de maniobra más amplio al desvincularse de ese marco. Esta desvinculación puede operar como una gran ventaja al sustraerse a las presiones de los otros agentes. Pero, al mismo tiempo, puede presentar algunos inconvenientes.

Esta desvinculación se manifiesta, por ejemplo, en el alcance de la jurisprudencia supranacional cuando la comparamos con la nacional. La jurisprudencia constitucional nacional produce derecho bajo determinadas condiciones estructurales que favorecen una limitación de su poder y, por tanto, un equilibrio en su inserción dentro del conjunto de los poderes públicos. Así, respecto del legislador, la producción de los tribunales constitucionales nacionales carece de la plenitud propia de la producción legal. La ley sigue siendo el instrumento de configuración del ordenamiento jurídico, que expresa el funcionamiento normal de los mecanismos de producción jurídica. La jurisprudencia tiene un potencial corrector, que surge sólo en el momento de la resolución del conflicto. Así pues, la jurisprudencia es una fuente de producción complementaria del ordenamiento jurídico.

En el caso de la protección supranacional de los Derechos, sin embargo, o no existe un legislador de los derechos fundamentales (CEDH) o si existe tiene competencias limitadas que no le permiten una plena configuración normativa de los derechos (UE) en el contexto de una democracia pluralista con un espacio público desarrollado que pueda interactuar con los órganos jurisdiccionales como ocurre a nivel nacional. Por tanto, las condiciones estructurales de la protección de los derechos son diferentes porque o bien no hay un sistema de derechos con vocación de realizarse a través de procedimientos normativos y administrativos (CEDH) o las características de esos procedimientos difieren en gran medida de los estatales, basados en la democracia pluralista (UE).

Mientras la jurisdicción constitucional tiene entre sus misiones esenciales la garantía del pluralismo en la contraposición entre mayoría y minorías que se da en todo sistema democrático, las jurisdicciones supranacionales actúan sobre un espacio público en el que esa tensión de base entre mayoría y minorías no se produce, ni siquiera en el ámbito de la Unión Europea. En la Unión Europea en ausencia de un espacio público desarrollado, la tensión fundamental se da entre la ciudadanía y los Estados, siendo estos últimos los auténticos agentes con capacidad de decisión real, sobre la base de los intereses nacionales y no de una configuración pluralista del espacio público⁷. Por ese motivo, la jurisdicción "constitucional" de la Unión Europea es también un instrumento de

⁷ Cfr. al respecto F. Balaguer Callejón, *European Identity, Citizenship and the Model of Integration*, en A. Silveira, M. Canotilho and P. Madeira Froufe (eds.), *Citizenship and Solidarity in the European Union - from the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art*, Bruxelles, 2013.

control del poder, pero no desarrolla una función específica vinculada a la contraposición entre democracia de la mayoría y democracia pluralista o constitucional.

La asimetría entre democracia y derechos, esto es, la ausencia de una configuración institucional y ordinamental que se corresponda con la proclamación de los derechos no implica por sí misma una patología en la forma en que se protegen los derechos a nivel supranacional. En la medida en que el nivel supranacional completa el nivel nacional, no tiene por qué partir necesariamente de las mismas estructuras que se han establecido históricamente en el Estado constitucional. Por el contrario, lo característico de la protección multinivel de los derechos no es tanto la formulación específica que se produce en cada nivel cuanto la interacción que se genera entre los diversos niveles.

Desde esa perspectiva, la diversidad de niveles de protección de los derechos permite la interacción entre los distintos niveles y que está generando desarrollos importantes en la comprensión de los derechos, superando así el estrecho marco nacional. Por medio de la relación dialéctica que se genera entre los tribunales supranacionales y nacionales, se reconocen y garantizan derechos que no son objeto de protección específica en los sistemas constitucionales estatales. Al mismo tiempo, los tribunales supranacionales funcionan como instrumento de control y, por tanto, como expresión del principio de división de poderes, favoreciendo así la garantía de los derechos fundamentales.

5. La transformación del nivel estatal en un sistema multinivel

Por lo que se refiere al sistema nacional de protección de los derechos, hay que tener en cuenta que el Derecho constitucional supranacional tiene que analizar también las instituciones estatales con un planteamiento diferente al que previamente ha servido para estudiarlas en el contexto de un Estado nacional no integrado en instituciones supranacionales. Esta exigencia metodológica se extiende a todos los sectores del Derecho constitucional nacional, desde la reforma constitucional hasta la jurisdicción constitucional, pasando por la caracterización de principios tradicionales del constitucionalismo como el de división de poderes.

Comenzando por la reforma constitucional, la fragmentación del poder constituyente nacional originada por la integración supranacional plantea la necesidad de reformular la teoría del poder constituyente y su diferenciación formal del poder de reforma constitucional en los términos en que se ha realizado históricamente. La idea de un poder constituyente soberano que expresa la unidad de un poder estatal sin límites jurídicos de ningún tipo no es ya sostenible en el contexto de la Unión Europea, por ejemplo⁸. Las exigencias derivadas del proceso de integración condicionan cualquier proceso constituyente de los Estados miembros acercando, por tanto, la noción de poder constituyente y la de poder de reforma, entendido este último como un poder sometido a límites y condicionantes jurídicos formales y/o materiales.

En cuanto a la jurisdicción constitucional, parece evidente que sus funciones tradicionales también se ven afectadas por los procesos de integración supranacional. La jurisdicción constitucional tiene entre sus misiones la de controlar a los otros poderes públicos, haciendo posible la efectividad del principio de división de poderes. A la jurisdicción constitucional le compete establecer los límites específicos de la división de poderes, por lo que se sitúa, desde esa perspectiva, en un nivel superior al de la división de poderes, al menos considerada como división interna o política del poder.

Le corresponde, en definitiva, la garantía jurisdiccional o externa de la división de poderes, como órgano que controla los límites competenciales de los tres poderes tradicionales (aunque pueda estar formalmente adscrito a uno de ellos, si forma parte del Poder Judicial). Sin embargo, no se puede decir que tenga ya, en el contexto supranacional en el que se integra, la capacidad de establecer, en plenitud, los límites específicos de la división de poderes. Más bien lo que ocurre es

⁸ Cfr. F. Balaguer Callejón, *European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform*, en R. Arnold (ed.) *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, 2016, pp. 15-25.

que la propia constitución nacional se configura ahora como un factor más de una división del poder que tiene una dimensión supranacional. Por ese motivo, la jurisdicción constitucional interna forma parte también -igualmente como un factor más- de esa estructura compleja de la división de poderes en un contexto supranacional.

Por otro lado, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, la jurisdicción constitucional estatal no es ya el único tribunal con capacidad para configurar normativamente los derechos en sede jurisprudencial. Además, existe una diversidad de instrumentos normativos fundamentales en los que se proclaman los derechos objeto de protección, que generan una interacción permanente entre los distintos niveles. En lo que se refiere específicamente al ámbito de la Unión Europea, desde el punto de vista de la función jurisdiccional, resulta evidente que tanto los tribunales constitucionales internos como el TJUE tienen un parámetro más amplio⁹ del configurado por los propios textos fundamentales para efectuar el control de validez de las normas y para realizar su propia configuración normativa de los derechos¹⁰.

Si tenemos en cuenta las características de la función normativa que desarrolla la jurisprudencia constitucional, también podríamos extraer otras conclusiones significativas. Ante todo, es difícil definir ya la existencia de un "intérprete supremo" en materia de derechos fundamentales. La jurisdicción constitucional sigue siendo el "supremo intérprete" del texto constitucional interno, pero no tiene ya la última palabra respecto de los derechos fundamentales. Así pues, la jurisdicción constitucional nacional tiene ahora una capacidad limitada de configuración normativa de los derechos fundamentales en el contexto de la tutela multinivel de los derechos.

La transformación del nivel estatal en un sistema multinivel afecta también a la forma en que se realiza el control de validez por parte de la jurisdicción constitucional. El paradigma kelseniano, articulado en torno a un control de validez pleno se transforma, en condiciones de pluralismo constitucional, en un control de ámbitos de validez de la norma (territorial o temporal), para evitar un conflicto existencial entre los diversos ordenamientos¹¹.

6. La desustancialización de los derechos en el nivel europeo y global

El impacto de la globalización y de la digitalización sobre los derechos fundamentales se puede sintetizar en un doble desplazamiento: la tensión sobre los derechos se traslada del ámbito estatal al global y del ámbito público al privado. Esto se produce en un contexto en el que los derechos pasan también de la sociedad analógica a la sociedad digital, lo que contribuye decisivamente a ese desplazamiento, tanto por lo que se refiere a su "globalización" cuanto por lo que se refiere a su privatización.

La lógica que expresa el proceso de globalización es la de la ruptura del constitucionalismo de los derechos, que desde su implantación hace más de doscientos años expresara ya la indisoluble conexión entre la vertiente declarativa y la institucional de su protección. En el contexto de la globalización esa simetría se rompe porque la vertiente institucional está ausente y una vez que los derechos constitucionales se someten a la intervención de los grandes agentes globales, su capacidad de protección se reduce a los puntos de contacto entre el sujeto de los derechos y la lesión potencial de los mismos. Esos puntos de contacto se concentran ahora en la fase de consumo de los productos y de utilización de los servicios y las aplicaciones digitales.

⁹ Cfr., sobre esta ampliación del parámetro en diversos sistemas jurídicos tanto europeos como americanos, G. Mendes, *La construcción de un Derecho Común Iberoamericano. Consideraciones en homenaje a la doctrina de Peter Haberle y su influencia en Brasil*, in *ReDCEA*, 11/2009, pp. 65-86.

¹⁰ Cfr. F. Balaguer Callejón, *The dialectic relation between the national and the European constitutional identity in the framework of European Constitutional Law*, in *UNIO - EU Law Journal*, 3/2017, pp. 10-24.

¹¹ Id., *Controllo di costituzionalità e relazioni tra ordinamenti*, en *Scritti in onore di Paola Bilancia*, en *federalismi.it*, 2022.

El proceso de globalización, deslocalización y progresiva orientación tecnológica de la economía está cambiando las prioridades en el orden de la protección de los derechos en relación con la constitución económica nacional. En una economía en la que la producción depende cada vez más de factores externos, el acento se sitúa no tanto en la relación entre trabajo y capital cuanto en la relación entre consumo y capital. Los derechos a proteger son cada vez más los de los consumidores y usuarios frente a las grandes compañías, especialmente las tecnológicas. La cualidad de consumidor o de usuario adquiere una condición universal y se sobrepone a todas las categorías productivas, concentrando el estatuto de derechos propio del ciudadano¹².

La economía transforma el sujeto de los derechos, que ahora ya no será el trabajador en el proceso productivo o el ciudadano en el ámbito social y político, sino el consumidor. La hipertrofia del derecho a la protección de los consumidores y usuarios, que va ocupando cada vez más espacios de los otros derechos constitucionales y concentrando la protección del ordenamiento jurídico, expresa esa transformación que se genera con la globalización. A la economía global no le interesan los derechos de los trabajadores, muchos de ellos situados en Estados sin constitución democrática y sin protección laboral. Le interesan los derechos de los consumidores y los usuarios porque son los que garantizan la continuidad de los nuevos procesos económicos.

La parte positiva de esta evolución es que derechos que no se han podido garantizar desde el ordenamiento constitucional, como el derecho a la vivienda en España durante la crisis financiera del 2008 lo han sido, sin embargo, a través del TJUE, por medio del derecho a la protección de los consumidores. El recurso a un derecho instrumental al mercado ha servido así para proteger derechos fundamentales que estaban faltos de protección por parte de las jurisdicciones nacionales y sobre la base de los preceptos constitucionales.

La parte negativa consiste en que los derechos constitucionales que ahora se protegen esencialmente desde la posición de consumidores o usuarios de sus titulares, pierden en gran medida su identidad constitucional. Se convierten en facultades meramente instrumentales a los derechos económicos y se garantizan solamente desde la lógica económica. Ya no expresan la dignidad de la persona sino la inserción del individuo como una pieza más dentro de un contexto económico en el que el intercambio de bienes y servicios debe funcionar adecuadamente y la garantía de la seguridad del tráfico es fundamental¹³.

Las transformaciones de los derechos implican nuevos paradigmas que se derivan de cambios profundos en las condiciones económicas y culturales en los que se desenvuelven. La paradoja es que, surgidos de un contexto constitucional estatal, aunque los derechos han desarrollado, como bien dice Ingo Sarlet, “una gramática universal”¹⁴, lo cierto es que esa gramática se ha estructurado a partir de la proyección en el ámbito internacional y global de las distintas gramáticas estatales. La globalización, sin embargo, ha impuesto su propia lógica, derivada de las exigencias económicas y de las transformaciones digitales. Una lógica que se manifiesta en la vertiente espacial ya indicada: del ámbito público/estatal al ámbito privado/global y que se expresa también a través de la transformación de la cultura constitucional en torno a los derechos, mediatizada ahora por la perspectiva económica y tecnológica.

Los derechos han dejado de ser el eje vertebrador de la constitución económica estatal, el núcleo de la articulación entre capital y trabajo. Lo han dejado de ser porque esos dos factores se sitúan en gran medida fuera del Estado. La globalización ha desvinculado los factores productivos de su raíz estatal, ha dado plena libertad al capital, que se ha emancipado de cualquier determinación estatal (salvo, en parte, en China, el único Estado que se ha adaptado a las reglas de la globalización como un agente más) y ha transformado las categorías del mundo económico de la sociedad industrial,

¹² Cfr. A. Aguilar Calahorra, *El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor*, en M.A. García Herrera, J. Asensi Sabater, F. Balaguer Callejón, *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Valencia 2016.

¹³ Cfr. F. Balaguer Callejón, *La costituzione dell'algoritmo*, Milano, 2023, existe versión española: *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022.

¹⁴ Cfr. I.W. Sarlet, *Os direitos sociais a prestações em tempos de crise*, in *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 2/2014, p. 271.

desplazando los derechos del trabajador al consumidor. Esta transformación, de base económica, se ha producido sobre el conjunto de los derechos, no sólo sobre los derechos sociales, lo que evidencia el acierto de Peter Häberle en su comprensión integral de los derechos¹⁵.

El deterioro de la constitución económica estatal ha situado a la libertad de configuración del legislador fuera del ámbito estatal y, por tanto, fuera del orden constitucional interno. Pero esta “externalización” de las políticas legislativas¹⁶ no ha incidido solamente en los derechos sociales, sino en el conjunto de los derechos fundamentales y en la estructura constitucional. En efecto, al estrechar el marco constitucional y determinar la orientación obligada de la acción legislativa, ha afectado al pluralismo político, a la representación política, a los derechos de participación, a la separación de poderes, al pluralismo territorial y al valor normativo de la constitución¹⁷.

Los derechos se están configurando como categorías meramente auxiliares de los procesos económicos y tecnológicos. Por un lado, en el plano económico, los derechos se están desplazando hacia el terreno mercantil del consumidor y el usuario, vinculados al buen funcionamiento del mercado. Por otro lado, en el plano tecnológico, hay una concepción de los derechos como “producto” o como “mercancía” lo que tiene que ver con la específica posición de los datos en la sociedad digital. De ese modo, en la sociedad digital se da un paso más, en la medida en que el consumidor o el usuario son también una parte del producto, a través de la mercantilización de sus datos personales. El sujeto de los derechos se convierte así en objeto y la protección de los derechos se canaliza a través de la protección de datos.

Nuevamente, la lógica de la globalización, con el desplazamiento de lo estatal al ámbito global y de lo público al ámbito privado, interviene en esta remodelación de los derechos constitucionales. La asimetría entre la vertiente institucional y la declarativa de los derechos es total en la sociedad digital. La protección constitucional de los derechos del ciudadano resulta inviable cuando, a través de la contratación privada, es el propio ciudadano quien “cede” esos derechos a grandes compañías globales que tienen cientos de millones de usuarios en todo el mundo y no se dejan condicionar, en términos generales, por los Estados y las constituciones estatales.

Por lo que se refiere al nivel europeo, el problema esencial al que nos enfrentamos desde la entrada en vigor de la Carta, cuando la cuestión constitucional pasó del plano teórico al concreto¹⁸, es que la CDFUE es un documento constitucional que carece de contexto constitucional. Como indica Augusto Aguilar¹⁹, existe en el ordenamiento jurídico europeo una falta de correspondencia entre la fuente formal en que se recogen los derechos y la eficacia de los derechos.

Una falta de correspondencia que tiene que ver, en mi opinión, no tanto con la estructura del sistema de fuentes cuanto con el hecho de que el garante último de los derechos, el TJUE, sigue percibiéndolos como un instrumento para el funcionamiento del mercado único, finalidad a la que se supedita cualquier garantía formal en el ordenamiento europeo. De ahí que, como señala Augusto Aguilar, la preocupación del TJUE en relación con los derechos fundamentales no parece ser la de resolver las pretensiones subjetivas sino la de asegurar la aplicación uniforme de las disposiciones europeas. Esto es, desde luego, completamente ajeno a la percepción constitucional nacional de los derechos fundamentales, que sigue descansando, sin perjuicio de su vertiente objetiva, en la garantía de la realización efectiva del derecho para sus titulares.

Sin perjuicio de que esta línea esté evolucionando en la jurisprudencia del TJUE hacia planteamientos más acordes con la sustantividad de los derechos, lo cierto es que su formulación ha

¹⁵ P. Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, in *VVDStRL*, 30/1972.

¹⁶ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Le due grandi crisi del costituzionalismo di fronte alla globalizzazione nel XXI secolo*, en F. Lanchester (cur.), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, Padova, 2019, pp. 59-82.

¹⁷ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Uma Interpretação Constitucional da Crise Econômica*, in *Revista de Direito Público*, 54/2013.

¹⁸ Id., *Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell'unione europea*, en *Quaderni della Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, 5/2009. Existe versión española: *El Tratado de Lisboa en el Diván. Una reflexión sobre constitucionalidad, estatalidad y Unión Europea*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83/2008.

¹⁹ Cfr. A. Aguilar Calahorra, *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, 2021.

convertido a los derechos en meros instrumentos. En efecto, en lugar de que las fuentes del Derecho europeo sirvan a la finalidad de vehicular los derechos (como ocurre en los sistemas constitucionales nacionales) son los derechos los que se utilizan como instrumento de interpretación del alcance de las fuentes del Derecho. En definitiva, en lugar de subordinar el ordenamiento a los derechos se subordinan los derechos al ordenamiento europeo, a sus intereses y a su funcionalidad.

Se plantea aquí un problema que habrá que resolver en algún momento en relación con la estructura multinivel de la protección de los derechos. Esa estructura está condicionada en la relación entre el ámbito de la UE y de los Estados por las determinaciones competenciales derivadas del principio de atribución. Ahora bien, ¿los derechos deben estar mediatizados por las atribuciones competenciales o deben considerarse dignos de protección con independencia de las competencias? La respuesta a esta cuestión es decisiva para definir el alcance real de la protección de los derechos en un sistema multinivel. Si queremos que este sistema funcione realmente y mantenga la sustantividad de los derechos, debe desvincularse del sistema de protección de competencias porque la CDFUE es una proclamación de derechos en un espacio europeo que no admite más modulaciones que las establecidas en ella²⁰.

7. Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos tenido ocasión de ver el modo en que se configuran los contextos ordinamentales e institucionales en cada nivel de protección de los derechos en una estructura multinivel. La referencia sigue siendo el Estado constitucional con la articulación de la “realización” de los derechos (y no sólo su “garantía” jurisdiccional) a través de tres instancias que interactúan entre ellas: constitución, ley y jurisdicción. Esas tres instancias no se articulan del mismo modo en los niveles supranacionales porque, aunque exista el nivel “constitucional” de la proclamación de los derechos en un texto (aunque este pueda tener naturaleza internacional) y el jurisdiccional, no existe el legislador de los derechos fundamentales (CEDH) o existe de un modo más limitado que en el espacio público nacional bajo las condiciones de una democracia pluralista (UE).

Esta diversidad de contextos ordinamentales e institucionales genera una asimetría entre la vertiente institucional y la vertiente declarativa de la tutela de los derechos, alejándose así de la simetría entre democracia y derechos propia del Estado constitucional. Esta asimetría no es en sí misma un rasgo negativo de la protección multinivel de los derechos, pero sí debe ser considerada en los estudios sobre la tutela multinivel porque la garantía pretoriana de los derechos no se puede considerar equivalente a una tutela que implique también al legislador en un contexto de democracia pluralista que haga posible la plena realización de los derechos.

En todo caso, esta configuración de los niveles supranacionales debe ser completada con la consideración de que la tutela multinivel de los derechos implica sobre todo una interacción entre los distintos niveles. Esa relación dialéctica es la que resulta más productiva desde el punto de vista de la tutela multinivel de los derechos, completando así la protección estatal y favoreciendo el desarrollo de los derechos en el nivel estatal.

Por último, hemos abordado también en este trabajo la cuestión de la pérdida de sustancia de los derechos en el nivel global y supranacional europeo en relación con las condiciones propias del Estado constitucional. Los derechos que se adaptan mejor a las condiciones del mercado en el contexto de la globalización y de la sociedad digital (derechos de los consumidores, derecho a la protección de datos personales) están sustituyendo la protección que antes ofrecían otros derechos constitucionales.

Al mismo tiempo, en el ámbito de la UE, la protección de los derechos se sigue vinculando todavía a las condiciones del mercado, ofreciendo una mayor eficacia, aunque a riesgo de perder su

²⁰ Cfr. F. Balaguer Callejón, *La configuración normativa de principios y derechos constitucionales en la Constitución europea*, en J.J. Gomes Canotilho (ed.), *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, en *Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA*, Coimbra, 84/2005, pp. 167-181.

fundamentación constitucional basada en la dignidad de la persona. Estos nuevos derechos son más eficaces por resultar instrumentales desde la perspectiva de la seguridad del tráfico económico, pero pueden perder su sustantividad desde el punto de vista constitucional.

El análisis de la tutela multinivel de los derechos debe tener en cuenta todas estas transformaciones, que inciden también en la posición del nivel estatal frente a los derechos constitucionales. Una posición que se ve afectada tanto desde el punto de vista formal (en relación con el alcance y la naturaleza de la protección jurisdiccional interna, por ejemplo) cuanto desde el punto de vista material (en relación con la pérdida de sustantividad de los derechos). La protección de los derechos en el nivel estatal no puede ser la misma en una estructura multinivel que en una ordenación exclusivamente interna.

Abstract

En este trabajo se analiza la tutela multinivel de los derechos desde dos perspectivas. Por un lado, teniendo en cuenta los contextos ordinamentales e institucionales de cada nivel en relación con la configuración en el Estado constitucional de una simetría entre democracia y derechos, esto es, entre una determinada estructura del poder público y la protección de los derechos. La asimetría propia de los contextos ordinamentales e institucionales de los niveles supranacionales debe entenderse desde la perspectiva de que en la tutela multinivel tan importante como la forma en que los derechos se protegen en cada nivel es la interacción entre los distintos niveles. Por otro lado, se tiene en cuenta la incidencia que sobre la protección multinivel de los derechos están teniendo la globalización y la integración supranacional europea, que tienden a desvincular la tutela de los derechos de su sustancia constitucional. Una pérdida de sustancia de los derechos que también se compensa parcialmente con una mayor eficacia en la medida en que el terreno donde se protegen los derechos se acerca más a las condiciones estructurales propias de la globalización, como es el mercado, y a los derechos en los que se concentran los conflictos, los derechos de los consumidores y el derecho a la protección de los datos personales.

Palabras clave: derechos fundamentales, tutela multinivel, Estado constitucional, democracia pluralista, globalización, integración supranacional

*

In questo lavoro la tutela multilivello dei diritti viene analizzata da due prospettive. Da un lato, tenendo conto dei contesti ordinamentali e istituzionali di ciascun livello in relazione alla configurazione nello Stato costituzionale di una simmetria tra democrazia e diritti, cioè tra un certo assetto del potere pubblico e la tutela dei diritti. L'asimmetria inerente ai contesti ordinamentali e istituzionali dei livelli sovranazionali deve essere intesa nella prospettiva che nella protezione multilivello, l'interazione tra i diversi livelli è importante quanto il modo in cui i diritti sono tutelati a ciascun livello. Dall'altro, si tiene conto dell'impatto che la globalizzazione e l'integrazione sovranazionale europea stanno avendo sulla tutela multilivello dei diritti, che tendono a separare la tutela dei diritti dalla loro sostanza costituzionale. Una perdita di sostanza dei diritti che è anche parzialmente compensata da una maggiore efficacia nella misura in cui il terreno in cui i diritti vengono tutelati si avvicina alle condizioni strutturali della globalizzazione, come il mercato, e ai diritti su cui si concentrano i conflitti, i diritti dei consumatori e il diritto alla protezione dei dati personali.

Parole chiave: diritti fondamentali, tutela multilivello, Stato costituzionale, democrazia pluralista, globalizzazione, integrazione sovranazionale

*

This paper analyses the multilevel protection of rights from two perspectives. On the one hand, taking into consideration the legal and institutional contexts of each level in relation to the configuration in the constitutional state of a symmetry between democracy and rights, i.e. between a certain structure of public power and the protection of rights. The asymmetry inherent in the systemic and institutional contexts of the supranational levels must be understood from the perspective that, in multilevel protection, the interaction between the different levels is as important as the way in which rights are protected at each level. On the other hand, the work takes into account the impact that globalisation and European supranational integration are having on the multilevel protection of

rights, which tends to detach the protection of rights from their constitutional substance. A loss of substance of rights that is also partially compensated by increased effectiveness, insofar as the sphere of rights protection is closer to the structural conditions of globalisation, such as the market, and to the rights on which conflicts are concentrated, consumer rights and the right to personal data protection.

Keywords: fundamental rights, multilevel protection, constitutional state, pluralist democracy, globalisation, supranational integration