

ISSN 2346-9196

Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet

Año I / Nr. 2 / 2013



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

Cátedra Jean Monnet
de la
Facultad de Derecho
de la
Universidad de Buenos Aires

Año I – N° 2 – 2013

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Buenos Aires - Argentina

Correo electrónico: catedrajeanmonnet@derecho.uba.ar

DIRECTOR

Dr. Calogero Pizzolo
Catedrático Jean Monnet - UBA

CONSEJO ACADEMICO

Dr. Calogero Pizzolo
Dra. Sandra Negro
Dr. Walter Carnota
Dr. Alfredo Soto

CONSEJO EDITOR

Dr. Andrea Mensa Gonzalez
Dr. Agustin Fabbricatore
Lic. Micaela Finkielstoy

Índice

Editorial /

Palabras del Director Pág. 7

Ensayos /

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la aplicación en España del Derecho de la Unión Europea Pág. 9

Carlos Francisco MOLINA DEL POZO

Los países de Europa central y su incorporación a la UE: análisis y perspectivas hacia el futuro Pág. 30

Krystian COMPLAK

El déficit democrático de la UE y el MERCOSUR: las formas semi-directas de democracia como remedio Pág. 38

Martín CABRERA

Precautionary Principle Liability in Food Chain: A Step Forward in the Emerging European Tort Law Pág. 57

Valentina COLCELLI

Las relaciones familiares en el espacio jurídico europeo Pág. 79

Roberto CIPPITANI

Debates /

Evolución del Derecho Constitucional Transnacional

Problemas fundacionales del Derecho Constitucional Transnacional Pág. 101

Calógero PIZZOLO

Crítica /

Soberanía y política: comentarios críticos a "Problemas fundacionales del Derecho Constitucional" Pág. 130

Pedro CAMINOS

Comentarios /

El Derecho Constitucional supranacional ante el concepto de Estado soberano Pág. 138

Ab. Agustín FABBRICATORE

Doctrina /

El Derecho Constitucional Transnacional Pág. 146

Marcelo FIGUEIREDO

El juez estatal en la era del constitucionalismo de los Derechos Pág. 185

Gonzalo AGUILAR CAVALLO

TJUE- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

ENERO 2013- JULIO 2013

Tribunal de Justicia Pág. 235

Tribunal General Pág. 292

Tribunal de la Función Pública Pág. 306

Editorial /

Estimados lectores llegamos al número 2 de la Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet de la Universidad de Buenos Aires. De esta forma cumplimos nuestro primer año de vida. Los objetivos que nos propusimos al fundar la publicación se van materializando. Además de contar en esta edición con ensayos de catedráticos Jean Monnet de España e Italia junto a colaboraciones de profesores de nuestra facultad y Polonia, inauguramos la sección de "Debates" para discutir en esta ocasión sobre la evolución del "derecho constitucional transnacional" y las transformaciones que el mismo opera dentro de las categorías jurídicas clásicas. A la vez, la sección "Doctrina" complementa a la anterior enriqueciendo el debate con los aportes de colegas de Brasil y Chile. Este nuevo esfuerzo procura crear un ámbito de reflexión sobre los temas de actualidad que aporte al debate académico que nos involucran como investigadores o profesores. Por último proponemos, como ya es costumbre, un índice sistematizado por materias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante el período enero-julio de 2013.

A todos los que nos apoyan y colaboran para que este espacio de difusión sea posible nuestro más sincero agradecimiento. A nuestros lectores gracias por su confianza.

Prof. Dr. Calogero Pizzolo
Catedrático Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires

Ensayos /

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Dr. Carlos Francisco MOLINA del POZO^(*)

SUMARIO: I. — El derecho comunitario y el Tribunal Constitucional. II. — Jurisprudencia constitucional en la aplicación del derecho comunitario en España. III. — Participación de las Comunidades Autónomas en la aplicación del derecho comunitario en España, antes y después de los acuerdos del 9 de diciembre de 2004, de la conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas. IV. — Jurisprudencia y resoluciones. V. — Bibliografía.

I. EL DERECHO COMUNITARIO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL¹

Puede afirmarse que resulta ser una premisa necesaria la constatación de algo que se nos antoja ineludible. Nos estamos refiriendo al hecho cierto por el que tanto la primacía como el efecto directo de las normas comunitarias han de ser reconocidos sin reservas. Ocurre que, en nuestro ordenamiento jurídico, pudiéramos encontrarnos con problemas que vinieran a suscitarse en el momento de proceder a la búsqueda de la no aplicación de normas comunitarias en virtud de su incompatibilidad con la norma constitucional, o, por el contrario, al pretender los Tribunales convertir las infracciones al Derecho comunitario en violaciones de la Constitución. En lo que respecta al Tribunal Constitucional, que es el ámbito que aquí nos ocupa, conviene recordar, que dicho Tribunal puede controlar la constitucionalidad de los Tratados con anterioridad a su celebración (art. 95 de la CE) o con posterioridad a la misma. El procedimiento "preventivo" no se emprendió en su momento, como tampoco se ha empleado una de las dos vías de impugnación a posteriori, la del recurso de inconstitucionalidad. Dicho recurso, debe introducirse en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de publicación de la norma objeto del recurso. Los tres meses que se requieren, transcurrieron en su día sin que se cuestionara la constitucionalidad de los Tratados comunitarios, de manera que, en la actualidad, sólo queda abierta la posibilidad de recabar la sanción del Alto Tribunal por medio del posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, que puede sustanciarse cuando "una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución".

^(*) Catedrático de Derecho Administrativo, Catedrático Jean Monnet "ad personam" de Derecho Comunitario. Director del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alcalá de Henares, España.

¹ El autor quiere manifestar su agradecimiento a Jorge Antonio Jiménez Carrero, colaborador de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario de la Universidad de Alcalá, por su inestimable apoyo en la preparación de este trabajo.

La respuesta del Tribunal Constitucional a una potencial cuestión de inconstitucionalidad en relación con los Tratados comunitarios sólo podrá basarse en el artículo 93 de la Constitución, o sea, sólo podrá formularse en relación con el uso que se haya hecho de la habilitación que este artículo contiene. Si la cesión de competencias constitucionales no atenta contra un teórico núcleo indisponible del texto constitucional², el pronunciamiento del Tribunal habrá de rechazar la inconstitucionalidad del Derecho originario, la cual sólo podrá declararse si la transferencia fuera de tal entidad que atacara la esencia misma del sistema constitucional.

En el ejercicio de estas previsiones, la constitucionalidad del Tratado de la Unión Europea quedó expresada en la Declaración del Tribunal Constitucional del 1 de Julio de 1992, que tuvo como consecuencia la modificación del artículo 13.2 de la Constitución³, el cual resultaba incompatible con el entonces artículo 19 TCE (ahora artículo 22 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). La necesidad de esta reforma tenía su origen en que, a juicio del Tribunal, el artículo 93 de la Constitución no legitimaba la manifestación del consentimiento de España en obligarse por un Tratado que prevé para los ciudadanos de la Comunidad unos derechos que la Constitución Española reservaba expresamente a los ciudadanos españoles. Ello es congruente, en el sentido de que la suscripción de un Tratado contrario a la Constitución exige una modificación constitucional, en aplicación del artículo 95 de la misma.

La presunta inconstitucionalidad de los actos de Derecho derivado dictados con posterioridad a la adhesión, que podría tramitarse por los dos cauces del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad, ha de recibir un tratamiento distinto, porque ahora ya no se analiza si el artículo 93 ha sido utilizado dentro de los márgenes que el respeto a la noción de Constitución permite, sino de contrastar una norma de Derecho comunitario con la Constitución. Tratándose de recursos de inconstitucionalidad, el Tribunal no tendría más remedio que declarar inadmisibile la demanda, puesto que, el único órgano competente para enjuiciar la validez de las normas comunitarias es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que actuará valorándolas a la luz del Derecho comunitario, de los principios de su propio sistema jurídico y no de disposiciones internas de los Estados miembros.

Dicho de otro modo, el Tribunal Constitucional, manifestando su incompetencia para conocer del caso, estaría reconociendo que la facultad para

(*) El autor quiere manifestar su agradecimiento a Jorge Antonio Jiménez Carrero, colaborador de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario de la Universidad de Alcalá, por su inestimable apoyo en la preparación de este trabajo.

² Este contenido imprescindible podría acotarse tomando como criterio el que la Constitución emplea en su artículo 168.1 para delimitar la parte del texto constitucional sometida a procedimiento agravado de reforma. Asimismo, vid. A. C. PEREIRA MENAUT: "A constituição como Direito: a supremacia das normas constitucionais em Espanha e nos EUA", en el *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade da Coimbra, vol. LXXV, Coimbra, 1999, págs. 219 a 277.

³ BOE núm. 297, de 28 de Agosto de 1992.

entender de la validez de los actos dictados en ejercicio de las atribuciones transferidas a la Unión Europea se residencia también en una institución comunitaria: el TJUE⁴ (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Es necesario reiterar aquí nuestro convencimiento de que el Tribunal Constitucional no puede abandonar total y definitivamente sus funciones como guardián de los derechos consagrados constitucionalmente, y por tanto, podrá intervenir si se diera el caso, que debe calificarse de extremadamente improbable, de que la actividad de las instituciones comunitarias violara gravemente los Derechos y libertades recogidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución o los principios fundamentales que se enuncian en su Título Preliminar.

Mayores problemas pueden resultar del intento de basar la aplicación preferente del Derecho comunitario en la inconstitucionalidad de las Leyes internas posteriores que se le opongan. En principio, la prevalencia del Derecho Internacional convencional sobre las Leyes internas contrarias está respaldada por los diversos artículos constitucionales que se ocupan del tema (arts. 93 y 96), garantía que, para el Derecho comunitario, se especifica en el artículo 93. Pero, es justamente ese respaldo constitucional el que puede inducir a los sujetos investidos de la legitimación para interponer recursos de constitucionalidad a atacar por esta vía ciertas Leyes, o al Juez común a solicitar del Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de las mismas. Una vez más hay que rechazar de plano cualquiera de las dos soluciones. Si bien las normas internas que contradigan disposiciones comunitarias son inconstitucionales, antes que nada son inaplicables en virtud de las características con que el ordenamiento comunitario se relaciona con los Derechos nacionales.

En un eventual conflicto entre norma interna y norma comunitaria, la norma aplicable es la comunitaria, sobre la que el Tribunal Constitucional nada puede decir al respecto. Además, tampoco cabe que el Tribunal se dirija al Juez constitucional para que éste decida cuál de las normas, la nacional o la comunitaria, es aplicable, puesto que las condiciones en que se regula la cuestión de inconstitucionalidad, no permiten este tipo de consultas.

Otro documento que resulta pertinente recoger aquí, es la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional, relativa al Tratado por el que se creaba una Constitución para Europa (conocido como Tratado Constitucional), que finalmente no fue ratificado por todos los Estados miembros, pero que, sin duda alguna, el Tratado de Lisboa vino a convertirse en un sucedáneo de aquél. En dicha declaración, el Tribunal Constitucional manifestó la compatibilidad del malogrado Tratado Constitucional con nuestra Constitución Española. Una de las primeras cuestiones que plantea y resuelve la Declaración 1/2004 es la referente a si el Tratado Constitucional presenta o no naturaleza

⁴ Vid. MOLINA DEL POZO, C.F.: *“Las Cortes como reconversoras del Derecho comunitario y la posible relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”*. II Jornadas de Derecho Parlamentario, 27, 28 y 29 de Marzo de 1985. Editorial Fundación Pablo Iglesias, 1986, págs. 71 a 80.

de Constitución, a pesar de ser un Tratado comunitario, aunque a este respecto, en la Declaración, se recoge la opinión del Gobierno de turno:

"Debe subrayarse, pese a su obviedad, que el texto examinado es un tratado internacional, formal y materialmente, sin que pueda por ello negarse que tiene también, por su contenido general, muchas de las características propias de un texto constitucional. No se quiere afirmar con ello-puntualiza el Gobierno- que un texto constitucional no pueda surgir de un tratado, sino resaltar que la ratificación (art. IV-47) y la revisión posterior del tratado (arts. IV-443, IV-444 y IV-445) requieren la expresión unánime del consentimiento de todos los Estados miembros".

Cabe poner de manifiesto la preocupante confusión que tiene el Gobierno en esta materia, respecto del Derecho Internacional y el Derecho comunitario europeo, ya que nada tiene que ver el uno con el otro, al igual que nada tiene que ver un proceso de integración como es el europeo, con la firma de Tratados internacionales clásicos (actos propios en el ámbito de la pura y simple cooperación, no de la integración).

Aclarado este error del Ejecutivo, conviene precisar que, las cuestiones relativas a la primacía o a la competencia, son las que dominan fundamentalmente en el texto de la Declaración 1/2004. El planteamiento de la reiterada Declaración consiste, básicamente, en analizar si el artículo I-6 del Tratado Constitucional es compatible o no con la Constitución y, además, comprobar si el artículo 93 de la Constitución es adecuado o suficiente para integrar el Tratado Constitucional en nuestro ordenamiento interno.

El artículo I-6 del Tratado Constitucional disponía lo siguiente:

"La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros".

La Declaración 1/2004 matiza y delimita esta afirmación del precepto I-6, aclarando que las competencias a las que hace referencia el Tratado Constitucional en dicho artículo, son las competencias propias de la Unión, es decir, aquellas atribuidas a la Unión por voluntad soberana del Estado en cuestión.

La Declaración, asimismo, a modo de alegato, declara que:

"Las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión Europea no podrían, sin quiebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas comunitarias cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución".

A la vista de este último párrafo y, teniendo en cuenta todo lo expuesto con anterioridad, podría entenderse tal vez, que el Tribunal Constitucional pretenda acceder a determinados ámbitos materiales que, en principio, quedarían fuera de los que le pertenecen. En este orden de ideas,

probablemente, habría que recordar al Tribunal Constitucional, que las normas comunitarias se validan e interpretan, en última instancia, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual resulta ser, en este sentido, el máximo órgano interpretador del Derecho de la Unión, es decir, como una especie de tribunal constitucional en el contexto de la Unión Europea y del conjunto del Derecho que de esta organización supranacional emana, y no, consiguientemente, por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros.

Si el Tribunal Constitucional español hubiera querido seguir por la línea del alegato expuesto, debería haber sostenido la misma línea argumental que sirvió de base al Tribunal Constitucional alemán en la sentencia *Brunner vs. The European Union Treaty*⁵, y declarar llanamente que la competencia para juzgar sobre dicha compatibilidad entre las normas comunitarias y la Constitución de un Estado, no podría entenderse cedida a una institución de la Unión, como es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, por lo tanto, haberse declarado competente para juzgar dicha compatibilidad.

II. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESPAÑA

Comenzando por la jurisprudencia concerniente a las relaciones entre Derecho comunitario y Constitución española, debe apuntarse que, el Tribunal Constitucional ya tuvo la ocasión de pronunciarse, con mejor o peor estilo, acerca de dos cuestiones esenciales: la consagración de la primacía del Derecho comunitario y la consideración del papel del propio Tribunal Constitucional en el respeto y correcta aplicación del Derecho comunitario.

En relativamente temprana jurisprudencia, el Tribunal Constitucional disfrutó la oportunidad de declarar la primacía del Derecho comunitario, originario y derivado, sobre el Derecho interno en su STC 28/1991, cuyo acogimiento por la doctrina fue frío y desigual⁶. Este pronunciamiento fue originado por el recurso de inconstitucionalidad introducido por el Gobierno vasco, en contra de la reforma de la LO de Régimen Electoral General, por cuanto la misma prescribía la circunscripción electoral única para las elecciones al Parlamento Europeo, aunque el fondo material del caso poco interesa aquí. En la visión del Tribunal Constitucional, el artículo 93 implicaría un precepto de índole orgánico-procedimental, limitado a la regulación concerniente al modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales. La desafortunada mención a la internacionalidad tiene su contrapunto en la expresa referencia a la especificidad, autonomía y primacía del ordenamiento

⁵ Vid. *Brunner vs. The European Union Treaty* [1994] I CMLR 57, párrafos [49], [54], [55].

⁶ Sobre la STC 28/1991, de 14 de Febrero, vid. DESANTES REAL, M.: "El Tribunal Constitucional y la garantía de la aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales (Sentencia del Tribunal Constitucional 28/91, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo)", CISS, núm. 118 (noviembre 1994), págs. 43-53; asimismo, vid. MARTÍ DEL MORAL, A.: "El Derecho derivado y el bloque de la constitucionalidad (Comentario a la Sentencia 28/91 del Tribunal Constitucional de 14 de Febrero)", CISS núm. 86 (mayo 1992), pág. 19-27.

comunitario, originario y derivado, con cita expresa de la Sentencia Costa /ENEL. Sin embargo, tampoco se hace un claro alegato a favor de que la cesión de competencias a la Unión lo sea en cuanto a su titularidad, y no sólo respecto de su "ejercicio", tal como indica el artículo 93. Una reforma constitucional habría sido pues precisa antes de la firma de la Adhesión, pero en su momento, ni siquiera se planteó. Para un sector importante de la doctrina, el error fundamental de la STC 28 /1991 radicó en su poca acertada mezcla entre lo comunitario y cuestiones de constitucionalidad interna, lo que hacía susceptible de poner, si no en un peligro real, sí en una amplia zona de duda, la consecución de un reconocimiento claro y libre de cualquier encorsetamiento jurídico-nacionalista, de la primacía del Derecho comunitario en nuestro plano normativo interno. Así, indicará que, del artículo 93 no puede deducirse que, en virtud del mismo, se haya dotado a las normas de Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere, en modo alguno, expresar que la eventual infracción de aquéllas normas por una disposición española entrañe a su vez la conculcación del citado artículo 93.

En la STC 28/91 se fija que las dudas acerca de la validez de las normas europeas habrán de sustanciarse ante el Juez de Luxemburgo (TJUE), excluyéndose el mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, si lo inconstitucional resultan ser las medidas nacionales de ejecución de una norma comunitaria, la competencia será del TC por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, habida cuenta de que, en todo supuesto, habrá de garantizarse por los Jueces españoles la aplicación de la norma comunitaria al caso que resulte más conforme con el espíritu de la misma. Semejante tónica se mantuvo, al entender un problema constitucional, que no comunitario, concretamente, el de la competencia Estado/CCAA, en donde se reiteran los argumentos anteriormente mencionados, en la STC 13/1998, en la que nuevamente opuso al Gobierno vasco y al Ejecutivo estatal, esta vez en una controversia que afectaba al desarrollo normativo de la Directiva 85/337 sobre evaluaciones de impacto medioambiental. En idéntico sentido, es oportuno también tener en cuenta los contenidos de otras dos sentencias del Tribunal Constitucional español, en concreto, las STC 147 y 148/98.

Algún otro pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que no sentencia, digno de mención sería la decisión de 1 de Julio de 1992, única vez que se ha empleado la posibilidad de dictamen previo con fines de revisión constitucional en el plano supranacional, habido con motivo de la ratificación del Tratado de Maastricht. En dicha resolución, el Tribunal reivindicó su competencia en los términos del artículo 95, y declaró la inconstitucionalidad que entonces existía respecto al artículo 13 de nuestra Constitución en la configuración que presentaba en comparación con el antiguo artículo 19 TCE (Tratado constitutivo de la Comunidad Europea), en su reforma de Maastricht – derecho de sufragio pasivo y activo en elecciones municipales y europeas de los ciudadanos comunitarios residentes, por mor de la ciudadanía europea -, e indica, sobre todo, que el artículo 93 *per se* no constituye un mecanismo que autorice un procedimiento de reforma autónoma de la Constitución.

Por otro lado, asimismo, conviene resaltar el hecho relativo a la cuestión de los Derechos fundamentales, la cual ha planteado también algunos problemas, en conexión con la vía recursal interna del auxilio en amparo. En una cierta ósmosis de la línea "Solange II" acuñada por el BVG alemán, el Tribunal Constitucional español, habría sostenido que, nada referente a la protección de los Derechos fundamentales en el plano interno le es ajeno. Una primera muestra interesante de este tipo de fallos lo tenemos en la STC núm. 64/1991, de 22 de marzo, la cual parece decantarse por la autonomía de la vía en amparo con relación al Derecho comunitario.

En una actitud respetuosa, parece renunciar, aún más claramente, a la amenaza más velada si cabe de "Solange II", precipitada al ver el caso del BVG germano, en el sentido de reservarse la protección de los Derechos fundamentales ante su infracción por las mismas instituciones europeas, incluso cuando se estime suficiente la protección dispensada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hasta la fecha.

El Tribunal Constitucional declara que su fiscalización se efectuará con absoluta preferencia sobre los organismos nacionales de ejecución de los mandatos comunitarios. En consecuencia, en la medida que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un Derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional, con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en la Constitución. No cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Unión, sino sólo contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes internos. Tampoco le compete resolver si la actividad de los poderes públicos se acomoda o no al Derecho comunitario europeo.

El Tribunal Constitucional habría asentado un cierto acomodamiento con la ortodoxia comunitaria en su STC 79/1992 de 28 de Mayo, en donde dicho Tribunal ha precisado que las normas europeas son de aplicación directa, no requiriendo un acto de previa incorporación formal al Derecho interno para lograr ser eficaces. Pero la misma instancia habría sido, asimismo, protagonista posteriormente de otros fallos tremendamente polémicos.

Tal es la tónica propiciada, en implicación relativa a la técnica de la cuestión prejudicial, a través de la STC núm. 180/1993 de 31 de Mayo, habida en el litigio que oponía a Wagner Miret contra FOGASA, la cual fue a su vez objeto de la pertinente cuestión prejudicial, que tanto ocupó a la doctrina⁷. Con alguna sombra en cuanto al resultado final –pues, pese a admitirse a trámite, el TC no apreció violación del artículo 24.1 de la Constitución, sobre tutela judicial efectiva, en la negativa de la última jurisdicción ordinaria a verificar la

⁷ Sobre tan controvertido pronunciamiento, vid. CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: "La indefensión de los particulares en España ante el incumplimiento del Derecho comunitario (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional Español 180/1993 de 31 de Mayo, en el asunto FOGASA)", Revista de Instituciones Europeas, vol. 21, núm. 1, enero – abril 1994, págs. 171 – 190; vid. asimismo, TRAYTER, J.M.: "Recurso de amparo, artículo 24 de la Constitución e integración del Derecho europeo (Comentario a la STC 180/1993 de 31 de mayo, Altos Cargos y Fondo de Garantía Salarial)", CISS, núm. 118, noviembre 1994, págs. 87-96.

cuestión prejudicial en interpretación de la Directiva 80/987, inaplicable al caso a su criterio, y en contradicción con lo efectuado incluso con reenvío, a cargo de otras instancias inferiores-, su actitud de conciliar su carácter de jurisdicción constitucional protectora de Derechos fundamentales y las condiciones del entonces artículo 234 TCE podría ser tenida, salvo el inevitable deseo de ulteriores mejoras, como aceptable. El Tribunal Constitucional habría declarado que su doctrina básica en la materia "se sustenta en la afirmación según la cual la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no corresponde resolver a este Tribunal en tanto que la selección de las normas aplicables y su interpretación corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que con carácter exclusivo les atribuye la Constitución". Esta doctrina no queda modificada por el hecho de que, en el presente supuesto, la selección normativa efectuada por el órgano jurisdiccional excluya la aplicación de una norma de Derecho comunitario.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en un temprano pronunciamiento⁸, estimó que el Derecho comunitario europeo tiene eficacia directa y carácter prevalente en virtud de la cesión parcial de soberanía que supone la adhesión de España a la Comunidad, autorizada por la Ley Orgánica 19/1985, en cumplimiento del artículo 93 de la Constitución: por lo tanto la eficacia propia del Derecho comunitario resulta, para este Tribunal, del talante "superlegal" y "paraconstitucional" de los Tratados fundacionales⁹.

La perspectiva de ambos Tribunales presenta una diferencia esencial. Así, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 29/1991 establece que la vinculación del ordenamiento interno al Derecho comunitario "no significa que por mor del artículo 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales", calificando, tal como ya indicábamos con anterioridad, el artículo 93 de precepto de índole orgánico-procedimental, por lo que dicho precepto no resultará afectado por la eventual disconformidad en que pueda incurrir la legislación nacional respecto del ordenamiento comunitario¹⁰.

La consecuencia inmediata de esta perspectiva es que el Tribunal Constitucional no resultará competente para resolver un recurso de inconstitucionalidad ante una confrontación de la norma interna con la norma

⁸ Sentencia de 28 de abril de 1987, Sala 3ª, Ar. 4499, criterio reiterado en la de 17 de abril de 1989 de la misma Sala, Ar. 4523.

⁹ De este pronunciamiento no cabe deducir una escrupulosa aplicación de las normas comunitarias. Paradójicamente, el Tribunal Supremo ha negado el planteamiento de la cuestión prejudicial en varias ocasiones, aduciendo la competencia que las normas internas atribuyen a la jurisdicción contencioso – administrativa para el control de las normas reglamentarias (Sentencias de 22 de febrero de 1992, Ar. 2492, y de 30 de noviembre de 1990, Ar. 3442).

¹⁰ Criterio reiterado en las Sentencias 252/1988, 132/1989 y 111/1993. En la Sentencia 28/91 de 14 de febrero de 1991, más explícitamente se afirma que la "eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierten en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria".

comunitaria. Por el contrario, el Tribunal Supremo entiende que las disposiciones posteriores contrarias al Derecho comunitario habrán de reputarse inconstitucionales, por incompetencia, pero no será exigible que el Juez ordinario plantee la cuestión de inconstitucionalidad para dejar inaplicada la norma estatal, al estar vinculado por la jurisprudencia del Tribunal con sede en Luxemburgo¹¹.

Como se ha señalado, el Tribunal hace una interpretación errónea y descontextualizada de la sentencia *Simmenthal*, en la que basa parcialmente su razonamiento:

Recuérdese que, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establecía que, el Juez ordinario no estaba obligado a acudir a la instancia nacional competente para determinar la expulsión del ordenamiento interno de normas contrarias al Derecho comunitario. Tal pronunciamiento se interpreta en el sentido de que el Juez ordinario no tiene que esperar a la salida del ordenamiento jurídico de las normas contrarias al Derecho comunitario para inaplicarlas: de ello no se deduce, como parece hacer nuestro Tribunal, que la institución que resulta competente, en Derecho interno, para determinar la reseñada expulsión quede privada, en virtud de este pronunciamiento, de dicha competencia.

La segunda cuestión que queríamos referir hace mención a la actitud del Tribunal Constitucional respecto de la aplicación del mecanismo de cooperación judicial previsto en el entonces artículo 234 del Tratado CE (ahora 267 Tratado de Funcionamiento). En la Sentencia 180/93 antes reseñada, el Tribunal exhibe un doble posicionamiento, a nuestro entender, más que cuestionable. Por una parte, el Tribunal, recordando un pronunciamiento anterior – Sentencia 64/91 –, se autoexcluye de los órganos que en nuestro país deben aplicar y velar por la aplicación del Derecho comunitario, al considerar que “no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario. Este control compete a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario, y en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. El Tribunal excluye que las normas internas que contradicen el Derecho comunitario lleguen a afectar el artículo 93 de la Constitución española –al tratarse de un precepto orgánico-procedimental –, por una parte, y la interpretación que realiza el Tribunal de la sentencia *Simmenthal*, deduciendo, de la afirmación de que el Juez ordinario no debe de esperar la expulsión de la norma interna contraria al Derecho comunitario para inaplicarla, la incompetencia de los órganos que no forman parte de la jurisdicción ordinaria para pronunciarse sobre tales normas.

Tal consideración plantearía la paradójica situación de que, más allá del Poder Legislativo, carecemos de instituciones que determinen la expulsión del ordenamiento jurídico de las Leyes internas contrarias al Derecho comunitario: esta incompatibilidad corresponde apreciarla al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a resultas de la cual el Juez ordinario deberá inaplicarla, pero ninguno de ambos órganos jurisdiccionales pueden determinar su expulsión.

¹¹ Sentencia de 24 de Abril de 1990, Sala 3ª, Ar. 2747.

Por otra parte, el Tribunal exhibe una actitud displicente respecto del rechazo inmotivado, por parte de un órgano jurisdiccional, de la norma comunitaria invocada, cuya aplicación al supuesto en cuestión determinaba un resultado absolutamente opuesto al ofrecido por la norma española que fue finalmente aplicada¹². Sobre el particular, el Tribunal elimina la perspectiva comunitarista que presentaba la cuestión, fundamentando su postura en criterios anteriores respecto de la independencia de los órganos jurisdiccionales en la elección de la ley aplicable¹³; el Tribunal señala que esa independencia queda matizada, y por tanto dicha actividad sujeta a su control, si la selección normativa es arbitraria o manifiestamente irrazonable, ha sido fruto de un error patente o si de dicha elección se ha seguido daño para otro Derecho fundamental distinto al de la tutela judicial efectiva e igualmente tutelable a través de la vía del recurso de amparo. Considera el Tribunal que dichas circunstancias no concurren en el supuesto de hecho y que la resolución impugnada no puede tacharse de arbitraria.

Este criterio es fuertemente contestado por el voto particular de dos magistrados, uno de ellos el Presidente del Tribunal, al entender que “el órgano judicial debió pronunciarse sobre la vigencia de prevalencia y jerarquía” de las normas internas y comunitarias, al considerar que la aplicación o no de la directiva constituye una premisa necesaria para resolver sobre la aplicación del Derecho nacional. Considera, por último, el Tribunal¹⁴ que “la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde en forma exclusiva e irreversible al órgano judicial y no impide la defensa del Derecho fundamental de las partes ante el Tribunal Constitucional, ya que éstas disponen a tal efecto del recurso de amparo”. La sentencia recurrida en amparo ante el Tribunal provenía de un órgano cuyas resoluciones no son susceptibles de recurso, al que por lo tanto le alcanza, en principio, la obligación de plantear la cuestión prejudicial. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional recuerda el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la polémica doctrina del acto claro¹⁵ y, como ya hizo en la Sentencia

¹² Lo erróneo de esta elección y, en consecuencia, del respaldo que obtiene del Tribunal Constitucional, fue puesto de manifiesto en un asunto posterior en el que se plantea una idéntica confrontación de normas. En este último asunto, el órgano jurisdiccional español sí plantea la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, quien declara aplicable la norma comunitaria invocada, Sentencia de 16 de diciembre de 1993, Asunto C-334/92.

¹³ Sentencias 23/1987 y 50/1984 y Auto 254/1982.

¹⁴ Como ya hiciera en la Sentencia 111/1993 de 25 de marzo.

¹⁵ Sobre la repercusión de esta jurisprudencia del Tribunal Supremo de España ver las Sentencias de 21 de marzo de 1994 y 14 de octubre de 1993, ambas de la Sala 3ª, Sección 3ª, y mismo ponente, D. J. M. Arenilla Rodríguez. En la primera de las mismas se dispone que “el planteamiento de la cuestión prejudicial [...] puede ciertamente ser solicitado por las partes del litigio aunque su efectivo planteamiento incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional en el momento de dictar su resolución no constituye ciertamente una vía de recurso abierta a las partes, según tiene declarado el Tribunal de Justicia de la Unión en la Sentencia CLIFIT, de 6 de Octubre de 1982. Este principio vale para aquellas decisiones que [...] no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en Derecho interno, en los casos previstos por el citado precepto cuando se presente una cuestión de interpretación del Tratado o de actos o estatutos comunitarios con el fin de evitar interpretaciones contrarias a la coherencia y eficacia de los fines del Derecho comunitario. La obligatoriedad de someter la cuestión prejudicial al Tribunal queda determinada, por tanto, por la existencia de una cuestión interpretativa cuya solución resulta imprescindible para el enjuiciamiento

11/1993, reitera que “para que dicha obligación pueda reputarse existente es preciso que el órgano judicial en cuestión abrigue una duda razonable acerca de la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario y que la solución de dicha duda sea necesaria para poder emitir su fallo”. A nuestro entender, el Tribunal Constitucional omite el hecho de que, en efecto, duda no se produce, en tanto el Tribunal cuya sentencia se recurre obvia absolutamente la existencia de la norma comunitaria, por lo que ninguna cuestión puede suscitar respecto de lo que no se considera.

En este orden de cosas, es pertinente analizar aquí la STC 58/2004 de 19 de Abril de 2004, que establece que se vulnera la tutela judicial efectiva cuando un Tribunal español no aplica una norma interna por considerarla contradictoria con una norma comunitaria, sin plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión. El supuesto de hecho que da motivo a la STC 58/2004 es el de una Sentencia de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Catalunya de 5 de Octubre de 1999 que estimó parcialmente el recurso interpuesto por un contribuyente contra la Tasa de Juego y acordó el derecho a la devolución de importes indebidamente ingresados. La Sentencia del TSJ de Cataluña recurrida en amparo estimó que no se ajustaban al ordenamiento interno ni comunitario ni las cuotas de la Tasa de Juego exigidas por la Generalidad (tributo cedido) ni el recargo establecido sobre las mismas por Ley del Parlamento de Cataluña.

Los derechos fundamentales vulnerados según la Sentencia del TC, son derechos pertenecientes a la Generalitat catalana en tanto en cuanto no fue planteada la pertinente cuestión prejudicial al TJUE por parte del TSJ de Catalunya, como así dispone el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Dicho lo cual, el TC entiende, de manera correcta en nuestra opinión, que al no plantearse la cuestión prejudicial ha habido una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por último, y a modo de conclusión, cabe repetir lo que avanzábamos anteriormente. Los Tribunales españoles han de servirse del Derecho comunitario con la misma naturalidad con la que emplean el interno, toda vez que aquél se integra en los sistemas jurídicos nacionales formando parte consustancial de ellos. La sola diferencia entre las normas de ambos ordenamientos estriba en que el Derecho comunitario posee unas características particulares que no se encuentran en el ordenamiento estatal y que determinan su aplicación en condiciones privilegiadas. La inaplicación de toda norma nacional, anterior o posterior, contraria al Derecho europeo, el

del fondo del recurso entablado. [...] Es necesario que la cuestión interpretativa del Derecho comunitario sea pertinente por ser decisiva para la solución del litigio excluyéndose en los casos en que no llegue a entrarse en el fondo del litigio por estimación de causa de inadmisibilidad según el Derecho interno, o cuando el asunto pueda resolverse sin interpretación de la norma comunitaria, o en los supuestos de actos claros, o sea, cuando la interpretación del Derecho comunitario no plantee duda razonable. [...] la necesidad del planteamiento [...] ha de entenderse por tanto aplicable al caso de resoluciones definitivas por demandarlo así la lógica del precepto según ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión”.

En torno a la doctrina del acto claro, vid. C.F. MOLINA DEL POZO: “La doctrina del acto claro en el Derecho Comunitario”, en Aranzadi, Comunidad Europea, Año 1999, Vol. 26, Número 7, pag. 31 a 44.

respeto al efecto directo de las disposiciones que por su naturaleza disfruten de él, y el uso sistemático del mecanismo de la cuestión prejudicial son los tres pilares en los que se ha de apoyar la práctica jurisdiccional de todo Estado miembro en relación con el Derecho comunitario. En este orden de cosas, cierta doctrina española¹⁶, apunta algunos posicionamientos más favorables, sobre todo a cargo del Tribunal Supremo, el cual aun no habiendo pasado del todo esa convicción suya proclive al acto claro, sí habría sido más receptivo en otros terrenos, cuál sería el de la primacía del Derecho comunitario recogida en los reglamentos¹⁷, así como a admitir el efecto directo de las directivas¹⁸, incluso en clave horizontal¹⁹, lo cual puede suscitar dudas por exceso. También hay quien apunta en el Tribunal Supremo una cierta progresividad, tampoco exenta de dudas, hacia los imperativos de la jurisprudencia comunitaria en materia de responsabilidad del Estado por infracción al Derecho comunitario²⁰.

III. PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESPAÑA, ANTES Y DESPUÉS DE LOS ACUERDOS DEL 9 DE DICIEMBRE DE 2004, DE LA CONFERENCIA PARA ASUNTOS RELACIONADOS CON LAS COMUNIDADES EUROPEAS

La temática a desarrollar a lo largo del presente epígrafe encuentra su base de partida en dos consideraciones fundamentales, a saber:

- La cesión de competencias o, mejor, la puesta en común de parcelas soberanas que iba implícita en la adhesión a la Unión Europea, limitaba en la práctica las potestades del Estado y de las Comunidades Autónomas, aunque, al mismo tiempo, determinaba la aparición de nuevas actitudes vinculadas a la aplicación de la normativa comunitaria que deberían ser distribuidas entre el nivel estatal y el autonómico;
- El artículo 93 de la Constitución Española encomienda al Gobierno y a las Cortes Generales, según los casos, la tarea de asegurar el cumplimiento del Derecho comunitario, tanto originario como derivado, si bien la inexactitud de su redactado deja abierto el camino a la especulación.

¹⁶ Vid. LÓPEZ ESCUDERO, M., y CUESTA RICO, F.: *La aplicación judicial del Derecho comunitario en España...*, op. Cit, págs. 411 y sigs.

¹⁷ Cabe citar SSTS de 6 de marzo de 1998, de 17 de Abril de 1998 o de 18 de noviembre de 1998.

¹⁸ STS de 29 de octubre de 1998, en materia de directivas IVA.

¹⁹ Dicha horizontalidad es advertida, no sin ciertas dudas, por los autores arriba citados, en SSTS de 25 de febrero de 1998, de 27 de abril de 1998 o de 13 de noviembre de 1998, entre otras.

²⁰ Caso de las SSTS de 5 de marzo de 1993 o de 7 de junio de 1997, citadas por GÓNZALEZ BOTIJA, op. Cit.

A la hora de analizar este punto, hemos de tener en cuenta el sistema cuasi federal español. España está más cerca de la estructura federal que de la regional, pese a que en el Derecho positivo español no se recoja tal afirmación. Se podría decir que España si bien formalmente no es un Estado federal, sí lo es materialmente.

Conviene introducir aquí una matización. Las competencias que la Unión Europea asume lo son de atribución, es decir, no existe una disposición general que permita a las instituciones comunitarias adoptar un cierto tipo de medida en todas las materias contempladas en los Tratados, sino atribuciones específicas y sectoriales que difieren en amplitud e intensidad de una u otra materia (sin perjuicio de los supuestos en que se admiten competencias subsidiarias e implícitas). Ello supone que la atribución de los Estados miembros a la Unión tienen un carácter discontinuo, extendiéndose en todos los casos a la totalidad de funciones sobre una materia o incluso a la totalidad de una única función. Salvo excepciones muy determinadas, los Estados miembros siguen ostentando competencias sobre la materia objeto de la transferencia, competencias que varían desde el pleno ejercicio de potestades normativas, reservándose la Unión una facultad coordinadora, hasta la ejecución en aspectos secundarios de las disposiciones comunitarias.

En este mismo orden de cosas, es preciso indicar que ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía autorizan expresamente a las Comunidades Autónomas para desarrollar el Derecho comunitario cuando éste así lo requiera. Por otra parte, corresponde a órganos constitucionales de alcance estatal (Gobierno y Cortes Generales) garantizar el cumplimiento de los Tratados y el Derecho que de ellos deriva. Esta obligación se ratifica desde la óptica comunitaria por el hecho de que sólo los Estados son responsables ante la Unión del incumplimiento de las obligaciones que les corresponden de acuerdo con el Derecho comunitario, cualquiera que sea la autoridad interna que incurra en dicho incumplimiento. Finalmente, y aún faltando un claro respaldo positivo para ello, debiera considerarse necesario que las Comunidades Autónomas participasen en el proceso de aplicación del Derecho comunitario, tanto para que éste pueda llevarse a cabo adecuadamente como para asegurar que la plenitud de la autonomía regional no quedara desvirtuada tras la adhesión española a la Unión²¹. Para ello ha de considerarse la aplicación del Derecho comunitario no como la ejecución de un Tratado internacional habitual, sino desde la perspectiva de las competencias materiales que cada Comunidad Autónoma tenga atribuidas.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sentado el principio de que la adopción de medidas internas de ejecución y desarrollo normativo de disposiciones comunitarias se rige por la pautas de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que establece

²¹ Vid. en contra, A. MANGAS: *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Págs. 236 – 248, que considera necesario distinguir, partiendo de la existencia o no de competencia para la ejecución de Tratados internacionales y de la intensidad de dicha competencia, entre Comunidades Autónomas de aplicación legislativa y ejecutiva del Derecho comunitario, regiones que lo aplicarán sólo en el plano de la ejecución, y Comunidades que permanecerán al margen del proceso.

nuestra Constitución²². El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia reconoce que “cuando España actúa en el ámbito de la Unión Europea lo está haciendo en una estructura jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales, pues el desarrollo del proceso de integración europea ha venido a crear un orden jurídico, el comunitario, que para el conjunto de los Estados componentes de la Unión Europea puede considerarse a ciertos efectos como interno. En correspondencia con lo anterior, si se trata de un Estado complejo como es el nuestro, aun cuando sea el Estado quien participa directamente en la actividad de la Unión Europea y no las Comunidades Autónomas, es indudable que éstas poseen un interés en el desarrollo de esa dimensión comunitaria”²³.

Podemos afirmar que, existen tres tipos de problemas que se plantean en este punto: cómo articular la asociación de las Comunidades Autónomas al proceso de aplicación, cómo asegurar que el Gobierno y las Cortes Generales puedan cumplir su misión de garantizar el respeto al Derecho comunitario y, finalmente, qué medios jurídicos pueden emplearse para plasmar las soluciones adoptadas. Respecto del primero de estos tres elementos centrales del procedimiento, el camino a seguir debería aproximarse, en cuanto a la etapa de ejecución y desarrollo de la normativa comunitaria, al sistema seguido en Italia. Así, las Comunidades Autónomas deben quedar habilitadas para proceder a la aplicación normativa y administrativa de las normas comunitarias no directamente aplicables en las materias dependientes de su competencia con anterioridad a la adhesión. Tres hipótesis diferentes pueden manejarse en el diálogo Comunidad Autónoma – Estado – Unión Europea cuando se trate de este tipo de normas (especialmente Directivas).

En primer lugar, habrá materias en que la repartición interna de competencias determine que las Comunidades Autónomas son el único sujeto facultado para el desarrollo de una Directiva comunitaria. Si ello ocurre, la oportuna normativa autonómica será suficiente para satisfacer los requisitos que la Unión Europea exige para considerar que los Estados miembros han aplicado correctamente una norma, sin que deba mediar, forzosamente, una transposición general de origen estatal. Cosa distinta es que, en aras de una

²² En este sentido STC 252/1988 de 20 de Diciembre; STC 64/1991 de 22 de Marzo; STC 76/1991 de 11 de Abril; STC 115/1991 de 23 de Mayo; STC 223/1991 de 12 de Diciembre; STC 79/1992 de 28 de mayo; STC 80/1993 de 8 de marzo; STC 141/1993 de 22 de Abril.

²³ STC 165/1994 de 26 de Mayo, conflicto positivo de competencia 1501/1988 promovido por el Gobierno de la nación frente al Gobierno del País Vasco en relación al establecimiento de una oficina en Bruselas para coordinar las relaciones que se produzcan entre las instituciones públicas vascas y los organismos comunitarios y el Consejo de Europa. En este sentido GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “La búsqueda por las Comunidades Autónomas de su presencia directa en y ante las Comunidades Europeas”, *Gaceta Jurídica de la CE*, serie D, D-22, GJ 139, octubre 1994; TRUJILLO HERRERA, R.: “Reflexiones sobre las oficinas de las Comunidades Autónomas en el seno de la Unión Europea y papel que han de jugar las CCAA en la Europa nacida de Maastricht” *Revista de Estudios Europeos*, Valladolid, núm. 9, enero – abril 1995; V. MARTINEZ – PUJALTE LÓPEZ, G. MARTÍNEZ CASÁN, y J. M. ROBLES FRAGA: *El papel de las regiones en la Unión Europea*, Fundació Bancaixa, Valencia 1998, págs. 74 a 87, especialmente la pág. 79; L. OTÚZAR ANDÉCHAGA, E. GÓMEZ CAMPO y A. HERNÁNDEZ LA FUENTE: *La participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos*, MAP, Madrid, 1995, págs. 199 a 202; E. ROIG MOLES: *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos*, Valencia, 2002.

completa protección de los intereses del Estado ante la Unión Europea, se arbitrara una solución de que toda norma no directamente aplicable fuera transpuesta por el Estado para que actuara como Derecho supletorio si una o varias Comunidades Autónomas dejaran sin paliar la disposición comunitaria de referencia. Esta hipótesis, sin embargo, parece bastante improbable en la práctica. Dada la naturaleza de la actividad comunitaria y el grado de integración presentemente alcanzado, así como las características de la distribución competencial en el ámbito interno, lo más frecuente será que las autoridades centrales hayan de intervenir, con más o menos intensidad, en la transposición del Derecho comunitario que lo requiera.

Si la competencia autonómica estuviera restringida al desarrollo de la legislación básica estatal, la aplicación del Derecho comunitario deberá hacerse por el legislador estatal y por el autonómico, cada uno actuando en su correspondiente entorno competencial. Las únicas dificultades que cabría esperar en este supuesto se incluyen en la problemática general de las relaciones entre Derecho estatal y Derecho autonómico, y se resolverán de acuerdo con los criterios que la jurisprudencia constitucional ha sentado en varias ocasiones.

Otra posibilidad, sin duda la que más frecuentemente se dará en la realidad, es aquella en que la Unión Europea asume funciones atribuidas al Estado. Aquí la cuestión también es clara, puesto que será el Estado quien realice la aplicación normativa, quedando al cuidado de las autoridades regionales la aplicación administrativa en los aspectos no reservados al Estado.

En lo que respecta a los reglamentos y otros actos comunitarios directamente aplicables, presentan un panorama totalmente distinto. Los Estados miembros tienen, en principio, prohibida la ejecución normativa de los Reglamentos comunitarios. La acción estatal se reduce, pues, a dos campos: derogación formal de las disposiciones internas que impidan la eficaz aplicación de la norma comunitaria e inaplicación de disposiciones directamente opuestas a la misma en sedes judicial o administrativa. Si por algún casual, el Reglamento requiriese medidas internas de ejecución, habría de estarse al esquema descrito en relación a las Directivas y otros actos no directamente aplicables.

En lo que se refiere a la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de las decisiones comunitarias, se le dio forma en España a finales de 1988, a través de la creación de la Conferencia Sectorial para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas. Desde su conformación ha adoptado varios acuerdos referidos, tanto a la coordinación entre Estado y Comunidades Autónomas para la concesión de ayudas públicas, como a la regulación de estas últimas en las actuaciones del Estado en procedimientos precontenciosos ante la Unión.

Hace algún tiempo se experimentó un avance en la búsqueda de acuerdos que perfeccionaran el sistema de relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas respecto a los temas comunitarios, habiéndose adoptado en el seno de la Conferencia Sectorial de asuntos europeos un "Acuerdo de la Conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades

Europeas sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios a través de las Conferencias Sectoriales”²⁴.

El acuerdo designa a las Conferencias Sectoriales como las plataformas en las que se debatan las posiciones a defender ante las instituciones europeas. A este respecto, se establece que cuando los aspectos esenciales de un asunto comunitario afecten a las competencias legislativas exclusivas de las Comunidades Autónomas, si en el procedimiento de concertación interno, previo a la decisión del Consejo, se ha llegado a una posición común entre ellas, ésta será tenida en cuenta de forma determinante a efectos de fijar la posición negociadora inicial del Estado. Asimismo, en aquellos asuntos que incidan sobre competencias compartidas o concurrentes del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los que previamente a la decisión del Consejo exista un acuerdo entre la posición común de las Comunidades Autónomas y la posición de la Administración del Estado, tal acuerdo se establece que sea determinante a efectos de fijar la posición negociadora inicial del Estado.

En este mismo sentido, hay que destacar que, la preocupación de las distintas Comunidades Autónomas por contar con su propia representación institucional ante las Comunidades Europeas fue evidente, ya desde los principios de la Adhesión española. Por otra parte, son ya numerosas las representaciones de esta naturaleza establecidas por las distintas entidades regionales de los Estados miembros. La razón esencial de la creación de estas entidades se centra en la necesidad que tienen las Comunidades Autónomas, en el caso español, de establecer contactos permanentes y directos con las instituciones comunitarias, al tiempo que paliar la falta de información sobre los documentos de trabajo y distintas propuestas de la Comisión, de la que con frecuencia se han quejado las Comunidades Autónomas.

Estas entidades creadas por las Comunidades Autónomas son de muy diversa naturaleza jurídica, adoptando la forma de Sociedades Anónimas, Consorcios de Derecho público, fundaciones, etc., siempre en el intento de evitar la fiscalización por parte del Gobierno central, en tanto en cuanto conectan con un asunto extremadamente controvertido como son las relaciones exteriores en el marco de la Constitución Española.

En todo caso, la Conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas, en su reunión del 2 de junio de 1996, aprobó un acuerdo en el que se proponía crear la figura de un Consejero dentro de la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, para la canalización de la información hacia las Comunidades Autónomas, con competencia única para relacionarse con las Oficinas de las Comunidades Autónomas en Bruselas, y sin que esta competencia cuestione en ningún caso las relaciones que normalmente seguirán teniendo las Comunidades Autónomas con los restantes Consejeros de la Representación Permanente. A tal fin se crea la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación

²⁴ Resolución de 10 de marzo de 1995.

Permanente de España ante la Unión Europea²⁵, con competencia única para relacionarse con las Oficinas de las Comunidades Autónomas en Bruselas y para canalizar la información hacia las Comunidades Autónomas, y con independencia de la información que corresponda realizar a las Conferencias Sectoriales, según lo dispuesto en el Acuerdo de la Conferencia de 30 de Noviembre de 1994.

Por lo que respecta a los dos Acuerdos de 9 de Diciembre de 2004 de la CARCE (Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas), van a significar un notable avance en lo que se refiere a la participación de las Comunidades Autónomas en el ámbito comunitario. Estos Acuerdos son: el Acuerdo sobre la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión y sobre la participación de las Comunidades Autónomas en los grupos de trabajo del Consejo de la Unión; y el Acuerdo sobre el sistema de representación autonómica en las formaciones del Consejo de la Unión Europea.

De este modo, uno de los Acuerdos admite integrar en la Delegación española en el Consejo de Ministros, un representante autonómico con rango de Consejero del Consejo de Gobierno autonómico y su participación en las deliberaciones del Consejo. El Acuerdo especifica también qué principios deben regir en las actuaciones de estos representantes de las Comunidades Autónomas:

- Principio de unicidad de la representación y de unidad de acción de España en el exterior;
- Principio de la necesidad de mantener y facilitar la capacidad de propuesta y de reacción de España en el sistema de adopción de decisiones;
- Principio de lealtad entre las instancias autonómicas y la estatal;
- Principio de corresponsabilidad para lograr la mayor eficacia en la participación autonómica;
- Principio de representación conjunta de las CCAA;
- Principio de responsabilidad del Estado en el resultado de las negociaciones.

Dicho acuerdo también establece cómo va a ser la participación del representante autonómico en las reuniones de las formaciones del Consejo: da consejo y/o asesoramiento al jefe de la Delegación en lo que se refiera a la posición común adoptada por las CCAA, y además puede intervenir en las deliberaciones siempre que lo considere conveniente el jefe de la Delegación.

El otro Acuerdo de 2004 trata de la participación de las CCAA en los grupos de trabajo del Consejo en aquellos temas en que se haya acordado la

²⁵ Real Decreto 2105/1996 de 20 de Septiembre, por el que se crea la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la UE, *BOE* núm. 229, págs. 28394 – 28395.

representación autonómica de manera directa. El contenido de esta participación va a suponer básicamente tres cosas: recibir información sobre las reuniones y documentación sobre los asuntos que afecten a las competencias autonómicas, asistir a las reuniones de trabajo, e intervenir en las reuniones.

Este segundo Acuerdo finaliza estableciendo otra manera de participación de las CCAA en los asuntos comunitarios de tipo indirecto: a través de la Consejería para Asuntos Autonómicos en la REPER, en lugar de la participación en la Delegación española de técnicos enviados por las CC.AA. a los grupos de trabajo del Consejo. En aquellos asuntos en los que no se ha abierto la participación de las CCAA, sigue aún vigente la participación a través de los representantes del Estado tal y como se establece en el Acuerdo de 1994.²⁶

IV.- JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Tribunal Constitucional alemán: *Brunner vs. The European Union Treaty* [1994] I CMLR 57, párrafos [49], [54], [55].

Tribunal Constitucional español: Decisión del 1 de Julio de 1992.

Tribunal Constitucional español: Declaración 1/2004 relativa a la compatibilidad entre la Constitución y el malogrado Tratado constitucional.

Tribunal Constitucional español: STC 13/1998 de 22 de Enero. Publicación en el BOE: 24 de Febrero de 1998.

Tribunal Constitucional español: STC 147/1998 de 2 de Julio de 1998. Publicación en el BOE: 30 de Julio de 1998.

Tribunal Constitucional español: STC 148/1998 de 2 de Julio de 1998. Publicación en el BOE: 30 de Julio de 1998.

Tribunal Constitucional español: STC 165/1994 de 26 de Mayo, conflicto positivo de competencia 1501/1988.

Tribunal Constitucional español: STC 180/1993 de 31 de Mayo. Publicación en el BOE: 5 de Julio de 1993.

Tribunal Constitucional español: STC 28/1991 de 14 de Febrero. Publicación en el BOE: 15 de Marzo de 1991.

²⁶ En este mismo sentido, se ha expresado CASTELLÀ ANDREU, JOSEP M^a: "Las Comunidades Autónomas en Bruselas: La dimensión externa de la participación autonómica en la Unión Europea", en REAF, núm. 6, abril 2008, págs. 37 a 91.

Tribunal Constitucional español: STC 58/2004 de 19 de Abril de 2004.

Tribunal Constitucional español: STC 64/1991 de 22 de Marzo. Publicación en el BOE: 24 de Abril de 1991.

Tribunal Constitucional español: STC 79/1992 de 28 de Mayo. Publicación en el BOE: 16 de Junio de 1992.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Stca. Costa / ENEL de 15 de Julio de 1964.

V.- Bibliografía

A. C. PEREIRA MENAUT: "*A constituição como Direito: a supremacia das normas constitucionais em Espanha e nos EUA*", en el *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade da Coimbra, vol. LXXV, Coimbra, 1999, págs. 219 a 277;

A. MANGAS: *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Págs. 236 - 248;

CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: "*La indefensión de los particulares en España ante el incumplimiento del Derecho comunitario* (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional Español 180/1993 de 31 de Mayo, en el asunto FOGASA)", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, núm. 1, enero - abril 1994, págs. 171 - 190;

CASTELLÀ ANDREU, JOSEP M^a.: "*Las Comunidades Autónomas en Bruselas: La dimensión externa de la participación autonómica en la Unión Europea*", en *REAF*, núm. 6, abril 2008, págs. 37 a 91;

DESANTES REAL, M.: "*El Tribunal Constitucional y la garantía de la aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales* (Sentencia del Tribunal Constitucional 28/91, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo)", *CISS*, núm. 118 (noviembre 1994), págs. 43-53;

E. ROIG MOLES: *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos*, Valencia, 2002;

GUTIÉRREZ ESPADA, C.: "*La búsqueda por las Comunidades Autónomas de su presencia directa en y ante las Comunidades Europeas*", *Gaceta Jurídica de la CE*, serie D, D-22, GJ 139, octubre 1994;

L. OTÚZAR ANDÉCHAGA, E. GÓMEZ CAMPO y A. HERNÁNDEZ LA FUENTE: *La participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos*, MAP, Madrid, 1995, págs. 199 a 202;

LÓPEZ ESCUDERO, M., y CUESTA RICO, F.: *La aplicación judicial del Derecho comunitario en España*, págs. 411 y sigs;

MARTÍ DEL MORAL, A.: "El Derecho derivado y el bloque de la constitucionalidad (Comentario a la Sentencia 28/91 del Tribunal Constitucional de 14 de Febrero)", CISS núm. 86 (mayo 1992), pág. 19-27;

MOLINA DEL POZO, C.F.: "Las Cortes como reconversoras del Derecho comunitario y la posible relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". II Jornadas de Derecho Parlamentario, 27, 28 y 29 de Marzo de 1985. Editorial Fundación Pablo Iglesias, 1986, págs. 71 a 80;

MOLINA DEL POZO, C.F.: *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 4ª edición, editorial DIJUSA, Madrid, 2002, págs. 1355 a 1369;

TRAYTER, J.M.: "Recurso de amparo, artículo 24 de la Constitución e integración del Derecho europeo (Comentario a la STC 180/1993 de 31 de mayo, Altos Cargos y Fondo de Garantía Salarial)", CISS, núm. 118, noviembre 1994, págs. 87-96;

TRUJILLO HERRERA, R.: "Reflexiones sobre las oficinas de las Comunidades Autónomas en el seno de la Unión Europea y papel que han de jugar las CCAA en la Europa nacida de Maastricht" *Revista de Estudios Europeos*, Valladolid, núm. 9, enero – abril 1995;

V. MARTINEZ – PUJALTE LÓPEZ, G. MARTÍNEZ CASÁN, y J. M. ROBLES FRAGA: *El papel de las regiones en la Unión Europea*, Fundació Bancaixa, Valencia 1998, págs. 74 a 87, especialmente la pág. 79.

LOS PAISES DE EUROPA CENTRAL Y SU INCORPORACION A LA UE: ANALISIS Y PERSPECTIVAS HACIA EL FUTURO

Dr. Krystian COMPLAK^(*)

SUMARIO: I. — Delimitación geográfica. II. — Análisis del estado de cosas. III. — Perspectivas hacia el futuro. A.- Nuevos miembros de la UE a corto plazo. B.- La política suroriental europea. C.- Consorcio (asociación, sociedad) para la Europa Oriental. D.- La UE y los demás candidatos: posibilidades reales o sueños dorados. IV. — El horizonte más lejano. V. — Bibliografía.

I.- DELIMITACIÓN GEOGRÁFICA

La primera cuestión que surge respecto al tema así formulado es su ámbito geográfico. Si respetamos el sentido original y primigenio de la palabra, la Europa Central es la famosa *Mitteleuropa*. La forman, por cierto, Polonia, la República Checa, Eslovaquia, Hungría y una parte de Rumania. Se trata de un viejo concepto alemán, o para decirlo de un modo ideológicamente incorrecto, de la obra de los colonos germánicos y judíos¹. Sin embargo, parece que en los tiempos de la globalización y de rápidos cambios demográficos, económicos y de otra índole, esta antigua noción perdió su vigencia y ya no se emplea más en este sentido anticuado.

El concepto que prevalece ahora con respecto a esta parte del continente es Europa oriental o mejor dicho, del Este. A esta, además de los países ya mencionados, bajando desde el norte hacia el sur, se le adicionarían los tres países bálticos (Estonia, Letonia y Lituania), Bielorrusia, Ucrania, Moldavia y Bulgaria. En la parte sureña tenemos los llamados países balcánicos: Grecia, Albania y las repúblicas que conformaban la ex Yugoslavia. Respecto a estos últimos países y los bálticos existen serias dudas si estos no están demasiado lejos de las fronteras exteriores de la Europa Central. La dificultad más grande la presenta aquí Rusia. ¿Es un país europeo, asiático o euroasiático?

Si nos apegamos al título del módulo en el sentido literal, entran en nuestro enfoque sólo los siguientes países: Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Rumania, Bulgaria y Eslovenia. El 1 de

^(*) Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Wroclaw, Polonia.

¹ En Polonia se dice de las llamadas ciudades fundadas en el derecho alemán: un conjunto de costumbres y prescripciones en base de las cuales se edificaban los asentamientos urbanos o campesinos y se determinaban su organización interna. La adopción de estas normas no se puede identificar solo con la colonización directa de los alemanes, puesto que se les usaba en muchas localidades habitadas solo por los polacos. Si vemos la *Mitteleuropa* a través de los lazos económicos entre la Alemania y los países del área resulta que los porcentajes relacionados con el volumen de exportación de sus mercancías industriales en comparación a su renta interna bruta anual hacia su vecino occidental mas potente son los siguientes: República Checa (18,2), Hungría (15,4), Eslovaquia (13,3), Eslovenia (9,2), Polonia (6,8), Rumania (5,0), Bulgaria (3,8), Lituania (2,5), Estonia y Serbia (2,1), Letonia (1,9), Croacia (1,7). Estos guarismos se apoyan en los datos confeccionados por el departamento estadístico de la ONU (CMTRADE).

julio de 2013 ingresó a la UE Croacia, mientras que Serbia firmó el 29 de abril de 2008 un acuerdo de asociación, es decir efectuó el primer paso efectivo para ser admitido en esta organización. Así tenemos en la Europa Central diez Estados miembros de la Unión Europea y dos países en vísperas de su pronta incorporación a esta.

II.- ANÁLISIS DEL ESTADO DE COSAS

Los doce países del área, es decir, los diez Estados integrantes de la Unión Europea con sus dos aspirantes están en una buena posición económica, sin ser afectados tan fuertemente por la crisis en la que se hundió la Europa Occidental. Los índices de crecimiento económico son bastante elevados, aunque han bajado un poco en los últimos años. Lo único preocupante en estos países es su tasa del desempleo de dos cifras.

De otro lado, los Estados miembros de esta organización integradora pueden dividirse desde otros puntos de vista. Todos los países de la región - con excepción de Bulgaria y Rumania - pertenecen al sistema de SCHENGEN. La admisión de ambos países a este régimen de control fronterizo es bloqueada por algunos países de la UE, especialmente Finlandia y Holanda. De los Estados en cuestión únicamente tres ya tienen el EURO: Eslovenia (2007), Estonia y Eslovaquia (2009). Un caso especial lo constituyen Kosovo y Montenegro, donde el medio de pago - sin la formalización de este hecho como debiera ser - es el EURO. Otros Estados se están preparando para acceder a esta moneda en diferentes fechas, todavía no fijadas con precisión. Los países de la Europa del Este adoptarán la moneda común después de cumplir con las cuatro (4) condiciones de convergencia². Ninguno de estos países se liberó en el momento de ingresar a la UE de la obligación de pasar a la tercera etapa de la Unión Económica y Monetaria. Polonia, al entrar a la UE, se obligó, en virtud del Art. 4 del Tratado de Adhesión, a adoptar la moneda común EURO. Pero, la fecha de acogerla se aplaza, a cada rato.

III.- PERSPECTIVAS HACIA EL FUTURO

A.- Nuevos miembros de la UE a corto plazo

Croacia se convirtió el 1 de julio de 2013 en el flamante vigésimo octavo Estado miembro de la UE. El país había firmado el Acuerdo de Estabilización y Asociación con la UE ya en 2001. En octubre de 2005 se iniciaron las negociaciones de admisión. En el referendo del 22 de enero de 2012, los 66% de los croatas apoyaron el ingreso del país a la UE. Ya está en marcha el mecanismo para medir sus progresos para cumplir con los criterios que

² El déficit presupuestario no debe sobrepasar los 3% de la Renta Nacional Bruto anual (PNB) y la deuda pública los 60% del mismo; la tasa de inflación no puede ser por encima de los tres países que lograron los mejores resultados en materia de la estabilidad de los precios; los réditos (interés, porcentaje) de largo plazo han de ser por debajo del 2% en comparación con los tres países miembros, mejores en la fijeza de los precios; la inmovilidad de las cotizaciones de cambio, es decir ellas deben oscilarse dentro del margen determinado. Cf. A. Sroka, K. A. Wojtaszczyk, *Polska na drodze do euro*, casa editorial „Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR”, 2009, p. 27.

permitan calificar este Estado como apto para ser miembro. En muchas ramas, el progreso croata es notable. Por lo que se refiere a su reforma administrativa, la nueva Ley sobre la inspección administrativa entró en vigor en 2008. A pesar de su operatividad, la Ley presenta algunos defectos importantes a ser corregidos. Especialmente, el servicio civil no funciona bien debido, entre otras cosas, a la ausencia de los cuadros calificados y al elevado porcentaje de inestabilidad de los funcionarios públicos. En lo que respecta a la rama judicial, Croacia está persiguiendo por su propia cuenta los responsables de los crímenes de guerra, además está cooperando con el Tribunal Penal Internacional para la antigua (ex) Yugoslavia. La Ley constitucional de 2008 de minorías nacionales ha dado algunos frutos positivos como el retorno a sus antiguos asentamientos de alrededor 140 mil refugiados serbios. Una serie de mejoras se habían registrado en la economía del país, sin olvidar los avances en materia educativa³.

El verdadero camino de Serbia hacia la Unión Europea se inició cuando de este país se había separado Montenegro y Kosovo. Sin embargo, por razón de Kosovo, el paso se retarda un poco. Si este obstáculo desapareciera, la vía de Serbia hacia la integración europea se facilitaría inmediatamente. De todas maneras, este país ha cambiado considerablemente gracias a su cooperación con el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Slobodan Milosevic estaba en la parte final de su proceso, cuando se suicidó en su celda de la Haya, Rodovan Karadzic ha sido condenado, mientras que el 26 de mayo 2011 ha sido detenido Ratko Mladic.

B.- *La política suroriental europea*

Se trata de una nueva vieja estrategia de extensión de la UE – luego de la ampliación hacia el Este en el decenio pasado - esta vez dirigida a los países de los denominados Balcanes Occidentales. Su noción un poco borrosa englobaría como su núcleo central los territorios de la antigua Yugoslavia. Esta parte despedazada en varios países tiene grandes ansias de adherir a la UE. La región oeste de los Balcanes en el sentido amplio de la palabra incluye los 12 países, de los cuales tres ya son los miembros de la Unión Europea (Bulgaria, Grecia, Rumania), mientras que los demás están en diferentes etapas de su paso hacia esta organización. La pertenencia a la región aludida de algunos de estos socios puede parecer un poco dudosa, p. ej. Moldavia o Turquía.

Dentro de esta Política del Sureste europeo se destacan dos instrumentos. El Pacto de Estabilidad – incluido el mini Plan Marshall para Kosovo – con dos elementos. Su cara política esta compuesta por tres facetas: democratización, desarrollo económico, seguridad pública. Su segundo aspecto se refiere al denominado Proceso de Estabilidad y Asociación. Sus piezas principales son dos. Ellos ya se aplicaban antes de la primera ampliación hacia el Este. El primer programa de asistencia - conocido por sus siglas inglesas

³ Cf. M. Szewczak, *The Competitiveness of the Central Europe in the European Union. Economic and legal aspects*, casa editorial "Wydawnictwo KUL", 2010, p. 121-124.

CARDS - es la variante balcánica de PHARE⁴, mientras que el segundo "los Acuerdos de Estabilización y Asociación" desempeñan el mismo papel que los antiguos "Acuerdos Europeos". Este último programa tiene tres objetivos: construcción acelerada de una eficaz economía de mercado, la cooperación regional y la introducción de las premisas para la integración rápida de los Estados del área a la UE, juntadas con la existencia, ya en el periodo previo, de las facilidades comerciales unilaterales⁵.

En 1996 se ha vertebrado el denominado Proceso de Cooperación en el Sureste europeo (SEECp). Actualmente pertenecen a este organismo once países del área, incluida Eslovenia (en su calidad de parte integrante de la región alpina de Adria)⁶. Para terminar este capítulo de la cooperación suroriental europea, conviene mencionar también operaciones militares y misiones civiles. En cuanto a este primer aspecto hay que subrayar, la acción castrense EUFOR Althea en Bosnia-Herzegovina y la actividad civil - mas grande de la Unión Europea - en Kosovo (EULEX), dentro de la política común de seguridad de defensa (GSVP).

C.- Consorcio (asociación, sociedad) para la Europa Oriental

En mayo de 2009 los países de la Unión Europea establecieron con los seis Estados vecinos del Este (Bielorrusia, Ucrania y Moldavia) y de la región caucásica (Armenia, Azerbaiyán y Georgia) el denominado Consorcio Oriental como parte de la política de la buena vecindad europea. A través de esta asociación, las relaciones de la UE con los vecinos próximos han sido puestas sobre una nueva base. El objetivo de este consorcio es el fomento y la intensificación de los lazos económicos entre los países socios, así como una ayuda a las reformas políticas y socioeconómicas. Se excluye por ahora una perspectiva de la membresía a la Unión Europea.

D.- La UE y los demás candidatos: posibilidades reales o sueños dorados

La posible entrada en la Unión Europea de Turquía, Ucrania sin hablar de la Rusia provocan controversias y discusiones en la misma organización y fuera de ella. El debate más largo concierne al primer país mencionado. Esta nación - Estado asociado a la Unión Europea desde 1964 - es miembro asociado a la Unión de Europa Occidental, integrante del Consejo de Europa, desde hace

⁴ La sigla inglesa CARDS significa la Ayuda Comunitaria a favor de la Reconstrucción, Desarrollo y Estabilización., mientras que la segunda se llamaba PHARE-CBC, es decir Polonia y Hungría: asistencia para la restructuración de la economía – Programa de cooperación fronteriza. Al extenderse a otros beneficiarios, el nombre del programa perdió este agregado CBC. Cf. A. Stepien-Kuczynska, M. Slowikowski, *Unia Europejska a Panstwa Europy Wschodniej*, editorial: Wydawnictwo Sejmowe, 2008, p. 236-238

⁵ Estas concesiones para los países postulantes de la Península Balcánica occidental dan a estos un acceso al mercado, p.ej. alemán, sin pagar los derechos aduaneros por las mercancías, incluidos casi todos los productos agrarios.

⁶ Cf. B. Prija, La política de la Unión Europea hacia los Balcanes Occidentales: ¿es el enfoque bilateral el mas adecuado?, en C. Flores Juberías (ed.), *De la Europa del Este al este de Europa*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2006, p. 317-325. Sobre esta región existe una monografía en ingles del autor polaco M. Szewczak, *The competitiveness of the Central Europe in the European Union. Economic and legal aspects*, casa editora: "Wydawnictwo KUL", 2009.

mucho tiempo. Su territorio nacional, puesto con las piernas separadas entre Europa y Asia, parece ser un veterano candidato a esta. Ya en 1987 la Turquía presentó oficialmente su candidatura. Sólo doce años después recibió un estatuto del aspirante a la adhesión. A finales de 2004, la Unión Europea empezó las negociaciones oficiales de admisión de este país a su club selecto. Sin embargo, las perspectivas de la entrada de esta nación en la UE no son claras. Los partidarios del ingreso de Turquía dicen que su presencia en el seno de la organización contribuiría a los procesos de modernización del país islámico, mientras que la Unión Europea recibiría varias ventajas estratégicas y económicas. Los adversarios de su membresía afirman que de este modo la UE se sobredimensionaría institucionalmente, además del hecho que su índole de la comunidad supranacional de valores resultase perjudicada. A parte de eso, no hay aceptación suficiente para el ingreso de Turquía. El recién iniciado viraje turco hacia los Estados árabes, juntamente con la islamización del país suponen que el plazo de diez años fijado para finalizar el proceso de acceso se prolongue más.

Desde el punto de vista formal, Ucrania se encuentra en la misma fase de sus relaciones con la UE que Rusia⁷. Ambos países pertenecen al Consejo de Europa y de su régimen de protección de Derechos Humanos. Ambos países han firmado los acuerdos de asociación y de cooperación, así como un acuerdo de transición. Ambos documentos han entrado en vigor. La UE ha adoptado en 1999 tanto con respecto a Rusia (4 de junio) como Ucrania (11 de diciembre) la llamada estrategia común. Desde este momento comienza la diferencia. Ucrania está pensando en establecer - en una perspectiva larga - algún tratado de asociación, mientras Rusia prefiere desarrollar sus relaciones con la UE unión en formas bilaterales. Después de la entrada masiva en la década pasada de los antiguos países del campo socialista, se puede decir que nuestro continente se dividió todavía más en dos. En este orden de ideas, Moscú ideó una organización imitativa de la UE, a saber la Unión Euroasiática. Esta última entró en su nueva fase el 1 de enero de 2012 al introducir entre Bielorrusia, Kazajstán y Rusia un único espacio económico. Para no repetir los errores de la Comunidad de Estados Independientes, se dota la UEA (bis) de rasgos de una ente supranacional, al crear la Corte dirimente en Minsk y sobre el modelo de la Comisión de la UE: la Comisión Económica Euroasiática⁸.

En cuanto a Ucrania esta sigue debatiéndose entre la integración pura e simplemente con la UE y la OTAN y la continuación de Ucrania en la

⁷ Me parece que mejor refleja la situación ucraniana el título del artículo de A. Petrova: "Las elecciones de 2004 y la Revolución de Naranja" en Ucrania: ¿un enfrentamiento este-oeste?, en : C. Flores Juberias (ed.) De la Europa del Este al este de Europa, casa editora Universitat de Valencia 2006. Allí la autora cita las palabras de Romano Prodi en el sentido de que "Ucrania tiene las mismas posibilidades que Nueva Zelanda de llegar a ser un país miembro de la UE" (.129).

⁸ Como escribe un experto italiano, Europa considera Rusia como un importante Estado europeo que necesita acoger gradualmente las reglas y los valores europeos, mientras que el Coloso del Este ve su posición como una potencia predestinada a mantener las relaciones estratégicas tanto con la UE como con otros actores principales en la palestra mundial. Ninguna de estas partes, arbitra una perspectiva concreta del ingreso del antiguo dirigente del comunismo mundial a esta organización integradora más importante en nuestro continente. Cf. M. Ganino, Russia, casa editorial il Mulino 2010, p.24.

Comunidad de Estados Independientes, hasta su acceso a la Unión Euroasiática. Es difícil prever cuál de estos rumbos prevalecerá. Ucrania tiene mayores experiencias que Rusia en sus relaciones con la UE y el OTAN. Por ejemplo, el envío de un contingente militar de 1600 mil soldados a Irán. Si el primer presidente de Ucrania (Kuchma) mostraba más interés en la integración de su país con la UE, el actual (Yanukovitsch) no manifiesta tales propensiones⁹. Parece que Ucrania estará por mucho tiempo repartida entre partidarios del desarrollo de la cooperación con la UE y los que creen que el porvenir del país está en su colaboración más estrecha con sus vecinos orientales cada vez más unidos entre sí.

IV.- EL HORIZONTE MÁS LEJANO

La cuestión del ensanchamiento de la Unión Europea se topa, en primer lugar, con la determinación de sus límites. Europa es la más pequeña parte del mundo, situada entre el océano Glacial Ártico, el Atlántico, el Mediterráneo, el Mar Caspio y los Urales. Se trata de una delimitación de fronteras artificial, especialmente en su parte oriental. Decir que los Urales constituyen su frontera oriental es olvidar que a su lado occidental viven pueblos bastante diferentes de los europeos, cuyo exponente más paradigmático son chechenos y que a su lado oriental se encuentra todo un conjunto de ciudades rusas que a pesar de rasgos contrarios son conjuntos poblacionales de raza blanca, si se puede usar todavía esta categoría. Desde el punto de vista de la división del globo terrestre en continentes, no se la puede separarla de Asia, puesto que estas dos partes constituyen una gran superficie compacta de tierra. Qué más, eso lo que solíamos llamar Europa es apenas una pequeña porción de Asia: casi cinco veces más chica tanto de la óptica poblacional como territorial.

A pesar de esta diferenciación voluntaria, ella no impidió que algunos de sus Estados estén situados en dos continentes. Estados que, por su posición bisagra y especialmente por la mayor lejanía del continente, crean dificultades de definición en lo que atañe a su pertenencia al llamado viejo continente. Esto concierne principalmente a Rusia y a Turquía y en cierta medida de algunas partes de Grecia, como las islas Creta o Rodas, sin hablar de una singular unión entre Dinamarca y Groenlandia. El caso más arduo a resolver es Turquía¹⁰. El país con el cual la UE empezó hace ya más de ocho años las negociaciones sobre su adhesión a esta organización, ellas siguen sin dar un

⁹ Yanukovitch, siendo todavía el primer ministro declaró el 14 de septiembre de 2006 en Bruselas que Ucrania no entrara en un futuro próximo al denominado Plan de Acciones a favor de la Membresía (MAP), aunque esta interesada en fomentar su colaboración con la OTAN. Cf. el capítulo de R. Gortat en el libro colectivo polaco dirigido por A. Szkrzypek, *Zrastanie się Europy. Wschodnie rubieże Unii Europejskiej* (casa editorial: Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR, 2006, págs. 169- 236), bajo el título significativo: Ucrania: entre una decisión firme definitiva y la falta de consecuencia.

¹⁰ En la cumbre de Bruselas en diciembre de 2004, los líderes de la UE han puesto nuevas condiciones para la admisión de Turquía a esta organización, antes no presentadas a otros previos candidatos. En particular, se hizo hincapié que en las negociaciones con este país se puede considerar “largos periodos de transición, derogaciones, regulaciones singulares o las cláusulas permanentes de resguardo”. Comp. J. Bendkowska, *Turcja a Unia Europejska w kontekście praw człowieka*, en J. Jaskiernia (dir.), *Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Ewolucja i uwarunkowania europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, Casa editora Adam Marszałek, 2012, págs. 297-298.

resultado concreto. Se podría decir que actualmente estas conversaciones están en sus bajos. La posición de Rusia en este punto es todavía peor. El país ni presenta su aspiración a ser miembro de la UE. Según los cálculos más optimistas esta postulación tardara mucho en concretizarse.

Por otro lado, la UE a través de diferentes acuerdos de cooperación ha incluido en su radio de acción también los países de África y América Latina. Con el primer continente mencionado, las relaciones toman principalmente la forma de acuerdos de libre intercambio. Es el caso de los países árabes (Proceso de Barcelona). Los Estados africanos por debajo del Sahara concluyen en cambio los acuerdos de asociación económica (APE). Una colaboración especial se desarrolla, sin embargo, con América Latina. Su fundamento lo constituyen los acuerdos de asociación política y de liberalización comercial y también la celebración, cada dos años, de las cumbres entre la UE y América Latina y el Caribe. Un capítulo aparte de cooperación escriben los países asiáticos. Desde hace casi alrededor 20 años, la UE promueve su estrategia hacia este continente. Su manifestación más concreta es el Forum Regional. Se trata de una especie de comunidad de Asia sur oriental (ASEAN). Aquí hay que añadir también los encuentros regulares de alto nivel en el arco de ASEM.

El proceso de la extensión cada vez más abarcador de la Unión Europea obliga a preguntarse a dónde están sus límites. Me doy perfecta cuenta que estos contactos remotos, son sólo las manifestaciones de tratar de ordenar sus relaciones con el entorno, aunque en algunas ocasiones este parece ser demasiado distante. Estas "alejadas salidas por fuera" no impactan fuertemente en el proceso interno de integración europea. Lo que sí se refleja directamente en este plano son los lazos de la UE con Turquía (más estrechos) y con Rusia (y posiblemente en cierta medida con Ucrania y Bielorrusia). La única certidumbre que existe en este dominio es que el ingreso a la UE de Rusia o de Turquía representaría un serio problema político-económico para la integración en nuestro continente. La razón principal en ambos casos sería sus pesos poblacionales, así como divergencias espirituales y de estilo de vida. Su membresía individual o de ambos perturbaría el equilibrio dentro de la Unión Europea, sin hablar de nuevos patrones de producción y de distribución de riqueza que se podrían establecer en esta. La Unión Europea, de una organización integradora en nuestro continente, se transformaría en una especie de puente abierto hacia nuevas regiones o partes del mundo, con cada vez menos intereses y puntos de vista comunes. La Unión Europea se diluiría en un conglomerado de naciones, más parecido a una organización mundial de tipo de la ONU. Pero, en este momento ya no tendría nada que ver con la institución que le dio su origen y perfil.

Por eso al proceso de integración se le deben poner algunos límites o al menos decir claramente de qué tipo de organización continental se trata. En este mundo todo tiene sus límites y no vemos por qué la Unión Europea sería ajena a esta regularidad.

V.- BIBLIOGRAFÍA

- A. Sroka, K. A. Wojtaszczyk, *Polska na drodze do euro*, casa editorial „Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR”, 2009, p. 27;
- A. Stepień-Kuczynska, M. Słowikowski, *Unia Europejska a Państwa Europy Wschodniej*, editorial: Wydawnictwo Sejmowe, 2008, p. 236-238;
- A. Szkrzypek, *Zrastanie się Europy. Wschodnie rubieże Unii Europejskiej* (casa editorial: Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR, 2006, págs. 169- 236;
- Flores Juberías (ed.), *De la Europa del Este al este de Europa*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2006, p. 317-325;
- J. Bendkowska, Turcja a Unia Europejska w kontekście praw człowieka, en J. Jaskiernia (dir.), *Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Ewolucja i uwarunkowania europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, Casa editora Adam Marszałek, 2012, pags. 297-298;
- M. Ganino, *Russia*, casa editorial il Mulino 2010, p.24;
- M. Szewczak, *The Competitiveness of the Central Europe in the European Union. Economic and legal aspects*, casa editorial “Wydawnictwo KUL”, 2010, p. 121-124;
- M. Szewczak, *The competitiveness of the Central Europe in the European Union. Economic and legal aspects*, casa editora: “Wydawnictwo KUL”, 2009.

EL DÉFICIT DEMOCRÁTICO DE LA UE Y EL MERCOSUR: LAS FORMAS SEMI-DIRECTAS DE DEMOCRACIA COMO REMEDIO

Martín CABRERA (*)

Sumario: I. — Introducción. II. — Orígenes de la voluntad integradora en América Latina. III. — El comienzo del MERCOSUR. IV. — MERCOSUR: parecidos y diferencias con la UE. V. — ¿Seguir el camino de la UE?. VI. — Las carencias de la UE y el MERCOSUR. VII Bibliografía.

“La fuerza del presidencialismo como sistema político desde la época de los próceres constituye un obstáculo imponente para los ensayos integradores. Las sucesivas oleadas y transformaciones del populismo y el caudillismo convierten en insólita la oferta de compartir soberanía. Por encima de todas las carencias latinoamericanas, destaca el mal entendimiento de la supranacionalidad o su rechazo explícito en cuanto al establecimiento de instituciones independientes y dotadas de presupuestos para financiar proyectos de integración.”¹

“Dado que hasta ahora la UE ha estado dirigida y monopolizada por las élites políticas, se ha producido una peligrosa asimetría entre la participación democrática de los pueblos en los beneficios que sus Gobiernos obtienen para sí mismos en la alejada escena de Bruselas y la indiferencia o incluso la ausencia de participación de los ciudadanos de la UE con respecto a las decisiones de su Parlamento en Estrasburgo.”²

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo está vinculado con los problemas de desarrollo y avance de los procesos de integración llevados a cabo por la Unión Europea y el MERCOSUR, los cuales en la actualidad se encuentran en crisis.

Sabido es que se denominan modelos de integración aquellos cuyos órganos reciben de los estados miembros competencias tradicionalmente

(*) Profesor de Derecho de la Integración de la Universidad de Buenos Aires.

¹ ROY, Joaquín. (Catedrático Jean Monnet “ad personam” de Integración Europea y Director del Centro de la Unión Europea de la Universidad de Miami.) *Obstáculos de la integración latinoamericana*. 24 de febrero del 2013. Diario El País. Disponible en <http://blogs.elpais.com/atlantia/2013/02/obst%C3%A1culos-de-la-integraci%C3%B3n-latinoamericana.html> (Consulta 27/6/13).

² HABERMAS, Jürgen. *La democracia está en juego*. 27 octubre 2011 LE MONDE PARIS. Disponible en <http://www.presseurop.eu/es/content/article/1107001-juergen-habermas-la-democracia-esta-en-juego> (Consulta 27/6/13).

comprendidas dentro de sus poderes soberanos, a cuyo ejercicio renuncian voluntariamente.

Cuando se desarrollan procesos de integración, el objetivo de máxima por parte de los Estados parte es crear un sistema homogéneo, y aún en los casos de mecanismos de integración con niveles de menor intensidad se funcionará dentro de un sistema heterogéneo, pero la relación entre los socios buscará transitar hacia la homogeneidad.

La razón por la cual estos procesos han tomado impulso en las últimas décadas es que en la actualidad es imposible la solución a determinados problemas de alcance regional por medio de la mera acción unilateral de los Estados nacionales o por simples acuerdos bilaterales, y a la vez es prematuro pensar en la existencia de un sistema universal y único, de un verdadero orden mundial al cual por conveniencia propia se ajustaren los Estados. De allí que, como una etapa intermedia, algunos tratadistas abogan por la validez de los esfuerzos que llevan a cabo grupos determinados de países motivados por consideraciones económicas, o de otra índole, hacia distintas formas de cooperación regional.

Ahora bien: en los hechos los eventuales beneficios de los procesos de integración se ven frenados por la resistencia de los estados – nación a ceder soberanía en favor de entes supranacionales. Es decir, la reticencia ante la “supranacionalidad”, o si se prefiere la resistencia a ceder soberanía para alcanzar la integración. Y si algo demuestran todas las experiencias exitosas en este terreno es que no puede haber una real integración sin una cesión igualmente real de soberanía.

A los efectos de ejemplificar se puede decir que todos los temas de comercio dentro del bloque son potestad de la Unión Europea y no de sus países miembros. ¿Se cuenta con algo parecido en América Latina? Por cierto, no y ni siquiera está previsto tenerlo. En una región en la que no hay mecanismos efectivos de solución de controversias, existe una mucha menor disposición –sobre todo en Sudamérica- de entregar a alguna entidad supranacional atribución alguna en materia económica o comercial.

En las actuales circunstancias se presentan algunos interrogantes; si la estructura institucional actual de ambos esquemas es insuficiente para alcanzar los logros planteados, y no se encuentra en los pueblos ni en su dirigencia un deseo de profundizarlos ¿por qué razón se produce esto? ¿Cuál es el obstáculo que impide tal proceso? ¿Existe una voluntad social para llevar a cabo la plena implementación de estos mecanismos de integración por parte de las dirigencias políticas y sus pueblos? ¿O por el contrario están irremediablemente apegados al paradigma de la plena soberanía de sus estados-nación?

II. ORÍGENES DE LA VOLUNTAD INTEGRADORA EN AMÉRICA LATINA

Desde que los países latinoamericanos lograron su independencia a principios de siglo XIX, sus líderes han soñado con la integración de la región

EI DÉFICIT DEMOCRÁTICO DE LA UE Y EL MERCOSUR:
LAS FORMAS SEMI-DIRECTAS DE DEMOCRACIA COMO REMEDIO

en una sola nación. Simón Bolívar, por ejemplo, escribió en 1815 en su Carta de Jamaica que *"Yo deseo más que otro alguno ver formar en América la más grande nación del mundo, menos por su extensión y riquezas que por su libertad y gloria"*³. Aunque a continuación, y desde una perspectiva realista, al reconocer la gran extensión y diversidad del territorio americano, afirmó:

*"Mr. de Pradt ha dividido sabiamente a la América en quince o diecisiete Estados independientes entre sí, gobernados por otros tantos monarcas. Estoy de acuerdo en cuanto a lo primero, pues la América comporta la creación de diecisiete naciones; en cuanto a lo segundo, aunque es más fácil conseguirla, es menos útil; y así no soy de la opinión de las monarquías americanas"*⁴

Con el tiempo, las tierras americanas desarrollaron distintas identidades nacionales, y estas identidades se hicieron sentir de forma profunda y no han sido particularmente susceptibles de fácil alteración, a pesar de las influencias homogeneizadoras de la globalización. Un ecuatoriano tiene pocos elementos en común con un argentino, en términos políticos, raciales/étnicos, culturales, y de desarrollo institucional. Y gran parte de lo mismo podría decirse de casi cualquier par de países de América Latina. El sueño de la unidad parece ser sólo eso, un sueño. Los "Estados Unidos de América Latina" no están en el objetivo de casi ninguna élite política, ni en movimiento de masas realmente existente.

Aquellos que estén familiarizados con el desarrollo de Latinoamérica saben que la integración no es un fenómeno nuevo. Después de todo, América Latina se ha integrado, más o menos, en dos partes distintas entre los imperios coloniales español y portugués. Esto no quiere decir que todas las piezas del imperio español en las Américas tuvieran mucho contacto la una con la otra. En lugar de eso cada una tenía una conexión con la metrópoli, pero no necesariamente tenían mucho contacto entre ellas. Sin embargo en la época colonial, al menos formalmente, estaban unidas entre sí. No habría sido una gran innovación el ver a estas dos partes de América Latina convertirse en dos grandes estados independientes. Y un sector de la Península Ibérica en las Américas – el "Imperio" de Brasil – se mantuvo intacto como un estado después de la independencia, aunque no fuese una república hasta 1888. Como es sabido, no fue así en el caso de los territorios americanos de habla española.

Después de la independencia, las élites coloniales fueron reemplazadas por dirigencias criollas que concentraron poder y riquezas en pocas manos.

Este patrón de desarrollo de América Latina también tuvo implicancias políticas. Los esquemas desiguales de crecimiento y distribución del ingreso, se materializaron en el marco de sociedades autoritarias. Esta configuración se desplegó tanto en los estados más pequeños que surgieron del imperio español

³ BOLÍVAR, Simón.. *Carta de Jamaica 1815*. Disponible en: <http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1815cartadejamaica.htm> (Consulta 27/6/13).

⁴ *Ibíd.*

como en el ex Imperio portugués, aunque éste último siguió siendo un solo Estado.

Se podría preguntar si América Latina hubiera sido capaz de permanecer unida después de la independencia (al menos en dos partes), ¿habrían sido las cosas radicalmente distintas? La experiencia del antiguo imperio de Portugal en América Latina no conduce a una evaluación optimista, pero lo cierto es que aquellos que lucharon por la independencia de América Latina tenían la esperanza de que esta unificación se produjera. Los líderes como Simón Bolívar tuvieron la visión de una América Latina unida, lo que sin duda habría cambiado el equilibrio de poder en las Américas. Al mismo tiempo Bolívar era bastante consciente de las dificultades de este proceso.

Hubo muchos sueños de integración en el período post-independencia, pero a lo largo de más de un siglo, estos sueños no se pudieron realizar. Durante el siglo XIX, existieron conflictos políticos internos en la mayor parte de

la América española, con líderes tratando de establecer su autoridad, a menudo sin éxito, en los nuevos estados-nación. Y las dictaduras militares fueron lo usual en la región, interesándose muy poco el procurar la integración económica o política, especialmente si ya tenían problemas suficientes a la hora de establecer un pleno control sobre su territorio. Por lo tanto, después del entusiasmo inicial asociado con la independencia, el sueño integracionista se fue desvaneciendo.

Durante el siglo XIX, los argumentos en favor de la integración se expresaron vagamente. Sin embargo en el siglo XX, el deseo de integración - y la fundamentación de la misma- se hicieron en mucho más explícitos. Los objetivos de la integración eran tanto políticos como económicos. Antes que la firma expresa de acuerdos de integración, la búsqueda por el sentido o identidad de América Latina tenía un aspecto más cultural y menos económico. Eso se expresaba en la obra de intelectuales como el cubano José Martí y el uruguayo José Enrique Rodó, quienes intentaron definir una América Latina con un "espíritu" distinto al de los Estados Unidos.

Por ende a mediados del siglo XX, la integración y la unidad comenzaron a tomar una orientación mucho más económica, y también "anti-imperialista" o defensiva.

En los años '20 del siglo pasado, este sentimiento anti-imperialista (y pro-unidad de América Latina) estuvo representado por el peruano Víctor Raúl Haya de la Torre y su partido político, el APRA ("Alianza Popular Revolucionaria Americana"). El líder fundador inscribió su partido político en el Perú, pero tenía vínculos con otros partidos políticos de América Latina. Haya de la Torre, en un discurso como representante en 1925, argumentó que la campaña debía ser contra el enemigo exterior y el enemigo interior. Según él uno de los planes más importantes de los "imperialistas" era mantener América dividida. Una América Latina, unida y federada sería una entidad de un enorme potencial, y por ende era vista como algo peligroso por el "imperialismo yanqui".

Por razones de espacio del presente trabajo no podemos desarrollar aquí el tema del fracaso del ALALC y ALADI como esquemas de integración. Pero digamos que salvo algunos tratados firmados, y las buenas intenciones proclamadas, no pasó de ser otro esfuerzo en el marco de la cooperación internacional.

III. EL COMIENZO DEL MERCOSUR

Las cosas parecieron empezar a cambiar a partir de los años '80. En 1985, Brasil y Argentina se embarcaron en un proceso de integración económica que finalmente culminó en la formación del MERCOSUR en 1991 (con el Tratado de Asunción) junto a Uruguay y Paraguay (Mercado Común del Sur). En la actualidad el MERCOSUR también incluye a Venezuela como miembro pleno, así como otros 6 países asociados.⁵

En esta exploración del proceso de integración del MERCOSUR, se tratará de contestar varios interrogantes: ¿en qué forma el proceso del MERCOSUR es similar a otros procesos de integración? ¿En qué es distinto? ¿Cómo podemos explicar estas similitudes y diferencias? ¿Su actual parálisis tiene las mismas causas que se presentan en la Unión Europea?

Al intentar responder estas preguntas, entraremos en dos cuestiones: en primer lugar, la particular toma de decisiones institucionales que las naciones del MERCOSUR han hecho a lo largo del proceso de integración. En segundo lugar, este trabajo se concentra en lo que Keohane y Hoffmann refieren en términos generales, como lo "institucional" es decir: "cómo los procesos y las prácticas políticas han cambiado" ⁶en el transcurso de la integración. En ambas áreas, hay similitudes y diferencias significativas entre el MERCOSUR y la Unión Europea (en adelante UE).

Básicamente podemos caracterizar al MERCOSUR como una integración vulnerable, a saber: países en desarrollo o emergentes, que se embarcan en proyectos de integración con una serie de inconvenientes y limitaciones, las cuales consisten en la debilidad de sus instituciones políticas, subdesarrollo económico, las relaciones clientelares entre el Estado y la sociedad civil, y la fuerte dependencia del capital extranjero para la inversión y la financiación de los déficit de cuenta corriente. Estas desventajas llevaron a los países a limitar sus proyectos de integración a la mera liberalización comercial, y los hicieron poco dispuestos a renunciar o ceder parcelas de soberanía a los efectos de ponerlas en común en el marco de instituciones supranacionales. Como consecuencia de ello, mientras que el proyecto de integración pudo llevarse a cabo durante un tiempo, a menudo fue amenazado por las crisis económicas internacionales y la posibilidad de que los líderes políticos de los países

⁵ Disponible en: http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=462&site=1&channel=secretaria (Consultado el 30/07/13).

⁶ Keohane, y Hoffmann: 1991: 4. La traducción es nuestra.

integrantes se negaren a cumplir con los compromisos de la integración. Puesto que no hay una estructura de apoyo institucional supranacional para proteger al proceso integrador en los malos tiempos, y falta el apoyo de la sociedad civil para tal integración, es poco probable que la misma tenga capacidad de permanencia o que pueda sobrellevar una crisis. Además, debido a la mencionada falta de voluntad a renunciar a la soberanía a fin de compartirla, la integración en el MERCOSUR se ha mantenido sobre todo como un asunto de liberalización comercial. Todos los esfuerzos para "profundizar" el proceso de integración a los efectos de abarcar otros temas, tales como los códigos de trabajo o reglamentos de defensa al consumidor, por lo general, se han visto frustrados.

Las limitaciones del MERCOSUR son evidentes cuando se compara con la Unión Europea. Una de las principales diferencias entre la UE y la experiencia de integración del MERCOSUR es la motivación para la integración. Aquellos que escribieron respecto a como surgió y evolucionó la integración europea, han subrayado la existencia tanto de intereses económicos como políticos a la hora de explicar la misma. Mientras que los intereses económicos y los procesos políticos también jugaron un papel importante en la integración sudamericana, estos procesos funcionaron de manera muy diferente. El MERCOSUR fue aceptado por gran parte del sector empresarial, luego de grandes objeciones y como una suerte de "mal inevitable", algo que ellos no tenían capacidad para impedir. Las empresas no clamaban por una mayor integración a gran escala (con la excepción de algunas firmas transnacionales); la mayoría de sus propietarios y directivos estaba a gusto con la continuación de la tradicional estrategia de sustitución de importaciones a escala nacional, aunque ya había serias dudas sobre la viabilidad de continuar con ese viejo modelo. Es cierto que la economía, al menos en Brasil, estaba madura para una nueva estrategia económica después de que parecía agotado el modelo de sustitución de importaciones confinado a escala del estado-nación, pero la integración no estaba en la lista de prioridades del mundo empresarial brasileño. Fundamentalmente, la integración de Sudamérica fue una decisión política, y llegó en forma de arriba hacia abajo.

Desde el principio el proceso de integración en Sudamérica fue acosado por muchos problemas, pero parecía haberse convertido en el ejemplo más exitoso de América Latina. A pesar de sus muchos problemas y limitaciones, el MERCOSUR creó un esquema de integración que sería muy difícil y doloroso de revertir. Ningún otro proceso de integración en los países emergentes puede presumir de este tipo de (limitado) éxito, ya sea en el crecimiento del comercio que se ha producido entre sus países miembros o en el aumento del flujo de inversiones recíprocas.

A primera vista, entonces, la decisión de América del Sur para integrarse podría ser vista conforme a algunos argumentos usados para describir la realidad europea en lo relativo a la primacía de los factores políticos o ideológicos en las decisiones de integración. Pero, solo podríamos hacer esto si desatendiéramos las diferencias entre cómo la política opera en las dos regiones. En primer lugar, a diferencia Europa, el MERCOSUR nunca tuvo un fuerte impulso federalista, a pesar del homenaje retórico que recibiera la figura

EI DÉFICIT DEMOCRÁTICO DE LA UE Y EL MERCOSUR:
LAS FORMAS SEMI-DIRECTAS DE DEMOCRACIA COMO REMEDIO

de Bolívar y otros próceres que han predicado la unidad de América Latina. En segundo lugar, las naciones de América del Sur sufren de sociedades civiles y grupos de interés relativamente subdesarrollados. No es que los grupos de interés y la sociedad civil no existan en América Latina, pero no están organizados adecuadamente, y los intentos de influir en la política no han provenido de grupos organizados, sino a través de conexiones clientelistas entre el Estado y algunos actores privados, conexiones que prosperan por la debilidad de la sociedad civil con la consecuente falta de transparencia en las relaciones entre sector público y privado.⁷

Cuando se hace el análisis histórico de las políticas proteccionistas de sustitución de importaciones, se encuentra que Brasil fue más allá que la mayoría de los otros países de América Latina cuando implementara la planificación económica y la intervención del Estado, en parte porque era un país más grande y por lo tanto podía ser más ambicioso en sus políticas de defensa de los actores empresariales de su mercado interno. Todavía se pensaba en una hipotética unidad económica producto de la integración, pero dentro de una estrategia central que primero apuntaba a la industrialización y sustitución de importaciones a escala local. De allí que los líderes políticos (principalmente brasileños pero con imitadores en el resto de Sudamérica) se convencieran de la posibilidad de utilizar políticas estatales para fomentar el desarrollo, con lo cual el énfasis se hizo más económico. Son estos esfuerzos de carácter desarrollista-nacionalista los que predominaron en la región.

En 1991, sin embargo, la integración se introdujo de nuevo en la agenda y fue perseguida agresivamente por los nuevos presidentes de ambos países: Carlos Saúl Menem en Argentina y Fernando Collor de Mello en Brasil. Era un tipo totalmente diferente de integración, y era mucho más espontánea y "market-friendly" (favorable al mercado). La nueva integración fue plasmada en marzo de 1991, cuando se conformó el MERCOSUR con la firma del Tratado de Asunción, donde también se incorporaron Paraguay y Uruguay.

Al analizar este cambio en la orientación política y económica, cabría preguntarse por qué los gobiernos implicados dieron el salto a una integración más ambiciosa. La respuesta más simple sería que el MERCOSUR surgió porque había intereses comunes entre las naciones que conformaban el nuevo grupo económico, y se embarcaron en este nuevo proyecto porque vieron el futuro de la misma manera. Hasta cierto punto, esta interpretación es acertada, pues todos los países del MERCOSUR pensaban que la integración era una buena idea. En efecto, sino no hubiese existido una coincidencia en los intereses, no se hubiera firmado un acuerdo. Sin embargo, desde otro punto de vista, es necesario pensar en los **intereses divergentes de los diferentes actores**. Por primera vez hay un corte en estos diferentes intereses que dividen a los estados, a las empresas y a la mano de obra. Cada uno de estos grupos tienen visiones muy distintas de lo que debería

⁷ Al respecto puede consultarse un aporte teórico reciente VUOLO, :Rubén . *Vuelta de tuerca al "capitalismo de amigos"*. Buenos Aires. 13/09/12. Diario "Clarín". Disponible en http://www.clarin.com/opinion/Vuelta-tuerca-capitalismo-amigos_0_773322744.html (Consulta 27/6/13).

hacerse. Pero además de esto, es necesario ver en un plano más general la diferencia entre este esquema de integración y el proyecto europeo.

IV MERCOSUR: PARECIDOS Y DIFERENCIAS CON LA UE

Si se registra una crisis en el proceso de integración europeo, en el caso de Latinoamérica se advierte que, saliendo de la retórica, ha sido extremadamente difícil avanzar en la construcción de un poder comunitario independientemente de los gobiernos nacionales.

Así, pues, el problema y el desafío, en este caso, recae especialmente en Sudamérica, donde es posible identificar una tendencia negativa en los últimos años, un cierto decaimiento de las políticas reales de integración.

Lo cierto es que en Latinoamérica se ha ido cíclicamente de una pesimista comparación con Europa a excesivamente optimistas declaraciones relativas a la inminencia de una integración "aquí y ahora", sin que se vea una efectiva disposición a sacar las enseñanzas que se derivan de la experiencia europea, ni de avanzar realmente en un proceso integrador. Todo ello resulta aún más sorprendente si se considera que este hemisferio, y sobre todo el Sur del mismo, comenzó a hablar de integración mucho antes que Europa para luego quedar retrasado en comparación con el viejo continente. Un fenómeno cuya única explicación parece ser que, a diferencia de Europa, en Sudamérica se ha optado siempre por detener el proceso ante cualquier dificultad – grande o pequeña- que se haya encontrado y esas detenciones, en no pocas oportunidades, han llevado a profundos retrocesos.

Por el contrario, si observamos a la Unión Europea se puede constatar que se trata de un proceso de integración que, hasta hace poco, nunca se había detenido. Ha sido criticado, y duramente, en muchos países de la Unión, ha tenido altos y bajos, ha atravesado por enormes problemas, pero siempre ha seguido adelante. Situación esta que solo desde los últimos tres años está en duda, a raíz de la crisis financiera de algunos países del sur de Europa.

En cambio, la historia del MERCOSUR es una historia de avances y retrocesos cuya única explicación razonable es que, a diferencia de Europa, ha tendido a eludir los verdaderos problemas que trae consigo un proceso integrador.

Paradójicamente, cuando en los países coinciden gobiernos programáticamente afines, los conflictos binacionales o las insuficiencias del MERCOSUR generan una imagen de crisis y estancamiento que no parecen resolverse con meros discursos y manifestaciones de voluntad política.

Para comprender la dinámica del bloque es útil remitirse por comparación con la literatura que analiza el proceso integrador de la UE. De manera general, la literatura sobre la integración europea se ha dividido entre los partidarios del neo-funcionalismo y los que se sitúan en el campo de lo inter-gubernamental. Los neo-funcionalistas, en general, podrían considerarse como los optimistas de la integración, pues pensaban que el proceso de

integración, al principio meramente económico, estaba siendo superado por una dinámica transnacional que estaba empujando la integración hacia adelante, a pesar de los intereses particularistas de los Estados. El concepto clave en este sentido fue el de "*efectos colaterales*" o "*derrame*", mediante el cual la integración en un área llevaba a la integración en otra. Desde un principio en los sectores combinados, surge un proceso de expansión de vínculos entre los distintos grupos (industriales, comerciantes, sindicatos, etc.). Un efecto similar se produce sobre las áreas económicas aún no integradas junto con la preocupación sobre nuevas políticas y gestión tecnológica a los efectos de controlar nuevos y más grandes problemas. Y esta dinámica lleva a los grupos de interés involucrados a desarrollar una comunicación supranacional, en detrimento de sus antiguos lazos locales-nacionales.

Un proceso similar se llevaría a cabo en el ámbito de los partidos políticos. Finalmente, este progresivo desbordamiento en lo supranacional se desplegaría en el ámbito de las relaciones entre los funcionarios públicos, oficinas de los gobiernos nacionales, bancos centrales y técnicos.

En otras palabras, la integración desataría una nueva dinámica, que cada vez quedaría más fuera del control de los estados-nación.

Por el contrario los partidarios de la posición intergubernamental, sostienen que la integración europea, a pesar de sus apariencias innovadoras, todavía está ceñida a los viejos patrones de la política internacional.⁸ Según esta interpretación, los Estados todavía tienen un papel primordial en la política económica nacional y, en general, los éxitos y los fracasos de integración pueden ser explicados especialmente por las preferencias y el poder de los estados en ese proceso.

Recientemente, esta interpretación también ha puesto énfasis en el mercado interno y las políticas domésticas asociadas con la integración, tomando nota de cómo las fuerzas nacionales podrían detener o impulsar el proceso de integración. Este enfoque otorga un escaso papel a los burócratas transnacionales a la hora de hacer avanzar la integración.

Si la UE se destaca por la existencia de órganos comunitarios con poder supranacional tales como la Comisión, el Consejo, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia de la UE, nada de eso podemos ver en el MERCOSUR. Pues dejando de lado las similitudes de nombres (también tenemos un Parlamento) la facultad de producir actos y normas vinculantes está confinada a órganos formados por miembros de los gobiernos de los estados nacionales, y las normas que los mismos propongan (las cuales deben ser votadas por consenso sin el rechazo expreso de ningún miembro) deben internalizarse a través de los Congresos de cada uno de los países. Aquí hay una diferencia radical con la UE y con sus órganos que cumplen una función comunitaria. Uno de los ejemplos más claros es la primacía del derecho comunitario sobre los ordenamientos

⁸ Conforme KEOHANE: 2002: 743–765.

jurídicos nacionales, o el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE a la hora de uniformar la interpretación del derecho comunitario.

El MERCOSUR no tiene eso. Sus estados no están obligados por ninguna estructura supranacional donde algunas decisiones vinculantes se tomen por mayoría.

El esquema del MERCOSUR (intergubernamental en la composición de sus órganos rectores, y el consenso para la toma de decisiones) le dan mucha mayor libertad a los estados miembros para definir sus propias políticas.

Por supuesto, esta flexibilidad tiene su lado negativo. Esto significa que todo el proceso de integración es mucho menos predecible, y por lo tanto vulnerable. Una de las principales razones por las que las naciones europeas han convenido estas instituciones fue para atar las manos de sus socios en la integración, a los efectos de garantizar que ellos cumplieran con la palabra dada cuando se tratara de los compromisos que habían asumido. No hay tal restricción en el MERCOSUR

Por lo tanto, **la falta de instituciones supranacionales significa que cada Estado es mucho más libre para actuar en forma unilateral cuando conviene a sus intereses**. En especial, Argentina y Brasil, han sido propensos a ese tipo de comportamiento, y, debido a su hegemonía en la región, los otros países simplemente han tenido que padecer esa conducta.

A fin de dar una imagen más clara respecto a los efectos de la falta de instituciones de carácter supranacional en los procesos de integración, podemos señalar que a causa de ella los gobiernos se sienten con las manos libres para tomar medidas unilaterales (barreras arancelarias y para-arancelarias)[□] y no hay ninguna fuerza motora que impulse la profundización del proceso de integración. De allí es que lo más probable es que siga existiendo tan sólo en el plano comercial, y no tratará de abordar otras cuestiones las cuales requerirían de una autoridad supranacional.

Otra área que ha recibido una gran atención –pero no un accionar concreto– es la coordinación de políticas macro económicas. En una región conocida por su inestabilidad, esta coordinación ha demostrado ser especialmente difícil, y también ejemplifica claramente las limitaciones del proyecto MERCOSUR.

Una muestra del estado actual de la situación son las recientes declaraciones del vicepresidente de Uruguay respecto a las relaciones con la Argentina:

"el Mercosur pasa por el peor momento de su historia. Esto hay que analizarlo. En la práctica hay una negación de los principios más elementales de los elementos del tratado del Mercosur. (Los problemas con el gobierno argentino)

[□] Los ejemplos podrían ser muchos. De parte de la Argentina la suba unilateral de las tasas de estadísticas en el año 1992 y las constantes medidas de restricción a las importaciones brasileñas que arrancaron en el 2004. Por el Brasil la *Medida Provisoria nº 1569* de 1997 que estableció la supresión del crédito para las importaciones y a la cual el ministro Pedro Malán la defendió señalando que era eso o la devaluación de la moneda.

EL DÉFICIT DEMOCRÁTICO DE LA UE Y EL MERCOSUR: LAS FORMAS SEMI-DIRECTAS DE DEMOCRACIA COMO REMEDIO

trascienden largamente a las trabas comerciales, no solo por lo comercial, sino por los dragados, puertos, energía, gas y energía eléctrica".⁹

En el mismo sentido son las declaraciones del Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay al proponer que los laudos de los Tribunales Arbitrales del MERCOSUR sean obligatorios o en su defecto se establezcan indemnizaciones por incumplimiento, pues hasta la fecha, habiendo vencido Uruguay en varios de ellos, las naciones vencidas (la mayoría de las veces Argentina y en menor medida Brasil) no cumplían con lo sentenciado:

"Hasta ahora la efectividad de los tribunales del bloque ha sido nula. Por eso cuando surgen diferencias con nuestros vecinos, lo que estamos haciendo, básicamente, es apelar al diálogo bilateral"¹⁰

El hecho de que las naciones del MERCOSUR no puedan llegar a un acuerdo acerca de cómo resolver las controversias apenas puede sorprender, pues, para llegar a una resolución de controversias vinculantes, el sistema requeriría de una entrega importante de soberanía, y las condiciones para esto no han sido favorables.

Así las cosas, el interés regional-comunitario suele quedar desplazado por las prioridades nacionales y resulta harto difícil construir una perspectiva común y de carácter estratégico.

Pero atento a que el MERCOSUR está estancado desde hace años, se podría preguntar razonablemente: ¿puede el MERCOSUR seguir avanzando? ¿Habrán nuevas decisiones tomadas por los líderes nacionales, del nivel del Tratado de Asunción o el Protocolo de Ouro Preto, que darán un nuevo impulso al proceso de integración? ¿O el MERCOSUR ha llegado al límite de su desarrollo potencial, y le resta simplemente perfeccionar su condición de unión aduanera, pero descartando un mercado común que, por ejemplo, permita la libre y plena circulación de capital y trabajadores, o más improbable aún, implementando una unión política? ¿Ha llegado el MERCOSUR a su límite natural?

Como lo señalara Félix Peña,¹¹ el MERCOSUR, como cualquier proyecto de integración regional, se enfrenta a la tensión entre ampliación y profundización. Ampliación implica incluir países adicionales en un esquema de integración regional. Profundizar significa aumentar el grado en que los países integran sus economías y políticas exteriores. En términos generales, un proceso más profundo implica un mayor compromiso por parte de los países miembros. La profundización reduce la soberanía, mientras que la ampliación extiende el acuerdo regional a otros países. Estos dos procesos no necesariamente son excluyentes entre sí y pueden llevarse a cabo simultáneamente pero, por lo general, un proyecto de integración hará

⁹ ASTORI, Danilo. Disponible en <http://www.infobae.com/notas/645779-En-Uruguay-dicen-que-el-Mercosur-pasa-por-el-peor-momento-de-su-historia.html> (Consultado el 21/05/12)

¹⁰ALMAGRO, Luis. 4/12/12. Disponible en http://www.radiomercosur.com/noticias/PANORAMA_MERCOSUR_PARLASUR_Mercado_Comun_del_Sur_04_12_2012_2_Actualizacion_2012_12_04 (Consultado el 13-02-13).

¹¹ Peña: 1999. Citado por CASON: 2011: 112.

hincapié en uno u otro en determinado momento y puede alternar entre estas dos modalidades. Ahora bien, es difícil pretender hacer las dos cosas a la vez, pues la ampliación consiste en atraer a más países a un acuerdo, con la imposición de disciplina a los nuevos países miembros para que se adapten a las normas ya existentes del esquema. Por el contrario, profundizar implica nuevas reglas que limitan a todos los países miembros. Por lo tanto, la imposición de nuevas normas sobre los nuevos países será más difícil de lograr.

Los acontecimientos de los últimos años con la creación de la UNASUR parecen indicar que la opción tomada es la extensión. Un nuevo bloque que se superpone al MERCOSUR y a la Comunidad Andina, pero que en materia de decisión sigue basado en el *consenso* (en los hechos, cualquiera de los doce países cuenta con un eventual poder de veto) y que enfatiza – en su Tratado fundacional- el carácter “soberano” de sus miembros.

Como si la superposición de siglas y organismos no fuera suficiente, en abril del 2011 se conformó, entre Chile, Colombia, México y Perú, la *Alianza del Pacífico* la que se propuso como objetivo:

“...la conformación de un área de integración profunda en el marco del Arco del Pacífico Latinoamericano, que aliente la integración regional, así como un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de nuestras economías. A tal efecto, expresamos nuestro firme compromiso de avanzar progresivamente hacia el objetivo de alcanzar la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.”¹²

De ahí que frente a esta proliferación de esquemas que en teoría tienden a lo mismo (la integración) un reconocido autor ha señalado que:

“Si bien en la historia de la integración latinoamericana siempre convivieron proyectos contrastantes (la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio y el Mercado Común Centroamericano en los 60, la Comunidad Andina y el Mercosur en los 90), la rivalidad en ciernes entre el Mercosur ampliado y la Alianza para el Pacífico es la más equilibrada – y antitética- de todas. Y, dado que cada grupo incluye a uno de los dos gigantes regionales, proyectos supuestamente de síntesis – como la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) – sólo puede interpretarse como foros de diálogo y cooperación, y no como mecanismos de integración. De hecho, la CELAC no tiene tratado fundacional ni instituciones de sostén.”¹³

A la fecha de entrega del presente trabajo se anuncia, en el marco de la Comunidad Andina, la disolución del Parlamento Andino por resultar un órgano irrelevante atento a la creación del Parlamento de la UNASUR a funcionar en Cochabamba, Bolivia. ¹⁴ La comparación con el Parlamento del

¹² *Declaración de Lima. I cumbre.* Disponible en <http://alianzapacifico.net/>. Sección “Documentos”. (Consultado por última vez el 31/07/13).

¹³ MALAMUD, Andrés. “La integración sentimental”. En LE MONDE diplomatique, Buenos Aires, septiembre 2012- 159, 13.

¹⁴ Decisión 792 del Consejo Andino de Ministro de Relaciones Exteriores, del 19 de septiembre del 2013.. Disponible en <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx#>

EL DÉFICIT DEMOCRÁTICO DE LA UE Y EL MERCOSUR: LAS FORMAS SEMI-DIRECTAS DE DEMOCRACIA COMO REMEDIO

MERCOSUR es interesante: según su página web institucional las últimas sesiones plenarias se celebraron en el 2010...¹⁵

V. ¿SEGUIR EL CAMINO DE LA UE?

En este escenario la conclusión sería seguir un rumbo similar al de la UE y unificar todos los esquemas de integración, dotándolos de estructuras supranacionales. Pero un ligero repaso por los medios de comunicación nos da cuenta de una crisis en la Unión Europea, con miembros como Grecia, Italia y España en una situación comprometida. Y con incertidumbre respecto a cómo seguir. Por otra parte el déficit democrático de la UE se extiende profundamente en sus instituciones. Los miembros de la Comisión no son elegidos por el Parlamento (los eligen los jefes de Estado – Consejo Europeo- y el Parlamento solo tiene la posibilidad de aprobar o no esa elección) y por ende no hay una eficaz rendición de cuentas a los ciudadanos de la UE.

Por ende, es útil tomar en cuenta esta realidad para poder orientarnos mejor en el debate de la integración en América del Sur.

Según el ex presidente del gobierno español Felipe González, se necesita un gobierno económico y fiscal de la zona euro porque sin ello no es posible que funcione la Unión Monetaria. Pero para que haya gobernanza económica y fiscal hay que ceder soberanía y esto choca frontalmente con la "galopada nacionalista" que se advierte en algunos líderes de la UE.¹⁶ El Banco Central Europeo debería actuar como lo hacen la Reserva Federal de EE UU, el Banco de Inglaterra o el Banco Central de Japón. Esto implica cumplir el papel de prestamista de última instancia y hacer una política monetaria que responda a los intereses del conjunto de la Zona Euro.

Y concretamente: ¿Qué forma institucional tendría esa Europa federal con gobernanza fiscal y presupuestaria?

Nicolas Berggruen, presidente del Consejo para el Futuro de Europa, pareciera tener la respuesta:

- a) El Parlamento Europeo elegiría al principal responsable de la Comisión Europea (una suerte de primer ministro), quien designaría un gabinete de ministros extraídos de los grandes partidos de la Cámara, entre ellos, un Ministro de Finanzas con poder para supervisar y sancionar los presupuestos nacionales y con capacidad para aplicar impuestos y formular un presupuesto europeo. La prioridad del Ministro de Finanzas sería la coordinación macro económica, no la gestión micro económica. Las competencias de los demás cargos del gabinete estarían limitadas a los "*bienes públicos europeos*"

¹⁵Conforme:

<http://www.parlamentodelmercosur.org/parlasur/innovafront/buscadorsesiones.jsp?contentid=6997&site=1&channel=parlasur> Visto por última vez el 24 de septiembre del 2013.

¹⁶ GONZÁLEZ, Felipe. *Los nacionalismos contra la Unión*. Diario El País. Madrid. 30-04-12.

supranacionales (tales como defensa, política exterior, energía, infraestructuras, etcétera), mientras que se dejarían en manos de los Gobiernos nacionales todos los demás asuntos.

b) Las elecciones al Parlamento Europeo, se basarían en listas europeas y no en listas de los partidos nacionales. Se presume que esto favorecería la existencia de un *demos europeo* venciendo la actual apatía.

c) El Consejo Europeo actual se convertiría en una "cámara alta", donde estaría representada la voz y voto de los gobiernos de cada uno de los estados nacionales.

4. Los impuestos y las leyes tendrían que aprobarse mediante mayoría tanto en el parlamento como en la cámara alta.¹⁷

Joschka Fischer tiene un planteo similar. Luego de señalar que a menos que el poder de la UE se europeice por medio del cambio desde la actual confederación hacia una federación, la eurozona -y la UE en su conjunto- corren el riesgo de desintegrarse. De allí que proponga la existencia de un gobierno federal europeo con las siguientes características:

"Esto significa que es indispensable una Cámara Europea, integrada por líderes de los Parlamentos nacionales. (...) En un principio, tal cámara puede ser un órgano consultivo en un contexto en que los Parlamentos nacionales mantengan sus competencias; más adelante, teniendo como base un tratado intergubernamental, debe convertirse en una verdadera institución parlamentaria de control y toma de decisiones, integrada por miembros delegados de los Parlamentos nacionales. Por supuesto, ya que un tratado de este tipo significaría una amplia transferencia de soberanía a las instituciones intergubernamentales europeas, sería necesaria su legitimación popular directa mediante referendos en todos los Estados miembros, entre ellos (y especialmente), Alemania."¹⁸

Desde el enfoque del presente trabajo, las propuestas de Berggruen y Fischer (autores a quienes podríamos englobar bajo el rótulo de "eurofederalistas") son lógicas y coherentes como recetas para salir de la crisis. Ahora bien, en el medio hay un gran problema: una democracia sólo puede considerarse como tal si se basa en una entidad colectiva: el pueblo o la nación, que se constituyen por una cultura, tradiciones y experiencias comunes. Desde su creación, el Parlamento Europeo se enfrenta al problema que los pueblos de los Estados miembros no parecen haberlo aceptado como el organismo que representa los intereses de los ciudadanos de la UE. Si tan solo se intentará resolver el déficit democrático de la UE dándole más poderes legislativos al mismo, una decisión mayoritaria posiblemente no sea aceptada por la minoría perdedora, en especial cuando la minoría se concentra en uno o varios Estados miembros.¹⁹

¹⁷ BERGGRUEN, Nicolas y GARDELS, Natahan. "¿Cómo podría ser una Unión Política Europea?" Diario El País. 25/01/12.

¹⁸ FISCHER, Joschka . *Europeizar Europa*. Diario El País. 6/11/11 Disponible en http://elpais.com/diario/2011/11/06/opinion/1320534004_850215.html (Consulta 27/6/13).

¹⁹ Conforme HUG: 2002: 110.

EL DÉFICIT DEMOCRÁTICO DE LA UE Y EL MERCOSUR: LAS FORMAS SEMI-DIRECTAS DE DEMOCRACIA COMO REMEDIO

Y decimos "*pueblos europeos*" pues entendemos que no existe el "*pueblo europeo*". El *demos* del viejo continente está fragmentado en 28 entidades y no parece haber voluntad ni de arriba ni de abajo por cambiar esto. Así es que se da la paradoja de que para tener una Unión Europea más democrática habría que pasar por encima de la voluntad de los pueblos que la componen.

Una situación similar se da en Sudamérica.

El aporte que pretendemos efectuar es que esa unión tiene que estar pensada tanto en función de los actores económicos y las burocracias estatales, como de los ciudadanos. Los pueblos van a ser renuentes a ceder soberanía si eso implicara lejanos centros de poder ajenos al control directo de la ciudadanía, llámense Bruselas, Luxemburgo, Montevideo o Cuzco.

Asimismo, sostenemos que los procesos de integración exitosos no son conocidos o al menos estudiados bajo ese rótulo. Ejemplos: esa entidad plurilingüe y multi-confesional conocida como Suiza, que en el siglo XIX pasara de una confederación a un estado federal, y donde los ciudadanos deben ser consultados en referéndum por cualquier eventual reforma constitucional, además de poseer el derecho de iniciativa ligada al referendo hasta el punto de poder reformar la norma constitucional por esa vía. O Canadá (otro Estado-nación con diversidad lingüística y cultural, entre anglo y franco parlantes) con la posibilidad que se reconoce a Quebec de irse de la unión en tanto lo haga por votación directa de su ciudadanía (previo llamado de la consulta por la legislatura local y el parlamento nacional). Todos estos son ejemplos de estados pluriculturales donde se conjuga una autonomía profunda de las entidades locales con formas semi-directas de democracia, conformando así un espacio más amplio de decisiones ciudadanas. En definitiva un modelo distinto a esa pasión centralizadora que se advierte en la UE, y en el otro extremo, a la fragmentación del MERCOSUR.

Y decimos pasión centralizadora pues entendemos que lo que debe homogeneizarse es la técnica. Pues esta, por su propia naturaleza, es global y escapa a los caprichosos límites de los Estados-nación. Así es que temas tales como finanzas, impuestos, transportes, aduanas, medio ambiente, etc. deben estar a cargo de un órgano comunitario.

Ahora bien, si el mundo se centraliza-estandariza en el campo de la técnica, en el campo de la cultura lo que impera es la diversidad. Pluralismo cultural y axiológico que necesariamente debe reflejarse en leyes, que a nuestro juicio en ese campo serán cada vez más locales.

VI. LAS CARENCIAS DE LA UE Y EL MERCOSUR

Del problema planteado se deriva la siguiente conclusión: en los casos del MERCOSUR y la UE, a pesar de ser variantes distintas de esquemas de integración, cuentan con un mismo problema, a juzgar por su praxis -y con independencia de sus diferentes regímenes institucionales- y este es: la ausencia de un *Demos* o unidad política que le permita a los ciudadanos la

elección de un Parlamento con plenos poderes (monopolio de la potestad legislativa y de elección del gobierno del bloque) con listas de partidos transfronterizas, y la toma de decisiones a través de formas semi-directas de democracia a nivel regional. Es decir una democracia en donde a un nivel pos-nacional coexistan mecanismos de representación producto de la voluntad popular (un reforzado Parlamento europeo/ Parlamento sudamericano con monopolio de la función legislativa y con capacidad para elegir un ejecutivo europeo/sudamericano) con el uso de formas participativas que dejen algunas decisiones directamente en mano de los ciudadanos (referendos regionales para todo lo vinculado a modificaciones sustanciales de los Tratados, e iniciativa popular legislativa vinculada a referéndum). Decisiones estas que deben estar confinadas a una interpretación restrictiva de los asuntos regionales ("bienes públicos europeos" o "bienes públicos sudamericanos").

Respecto a los requisitos para obtener una mayoría aprobatoria en los referendos el método más armónico con los principios democrático y federal sería el de la "doble mayoría": de votantes y de estados.

Si los referendos funcionarían como un veto de los ciudadanos en contra de las propuestas de los órganos rectores del proceso de integración, las iniciativas -en cambio,- permitirían proponer nuevas medidas que han sido dejadas de lado por la clase política, tal vez porque no eran de su interés. Además de los referendos, las iniciativas permitirían a los ciudadanos dejar sin efecto el contenido parcial de acuerdos políticos-partidarios cerrados creados en el Parlamento regional, los cuales en sus extensos contenidos podrían llegar a incluir medidas de bajo respaldo ciudadano.

A nivel de un bloque de integración regional, los elementos de democracia semi-directa pueden producir un efecto beneficioso al obligar a los gobiernos nacionales y a los parlamentarios regionales a seguir las preferencias de los ciudadanos. La primera justificación para proponer referendos y las iniciativas a nivel post-nacional proviene de la necesidad del control ciudadano sobre los actos de los poderes públicos regionales. Aparte de la necesidad de legitimidad democrática para llevar a cabo cambios a en los tratados fundacionales. En palabras de un catedrático español referidas al caso europeo, pero también pertinentes en el contexto latinoamericano:

*"Sólo instrumentos políticos no convencionales, al margen de Parlamentos, Consejos y Gabinetes en feroz competencia por la representación de las masas inertes, pueden romper la estructura nacionalista de la política europea."*²⁰

Por el contrario la situación actual en la UE, fraccionamiento del espacio de decisión a manos de 28 gobiernos nacionales quienes en última instancia habilitan a actuar o no a las estructuras del bloque, lleva a la falta de identificación e indiferencia de las sociedades civiles con el proceso

²⁰ GARCÍA, José Luis Egio *REFERÉNDUM PANEUROPEO Y MAGNA-EFICIENCIA DE LA UE (MÁS ALLÁ DE JÜRGEN HABERMAS)* (Institut Européen de l'Université de Genève / Univ. Murcia) Disponible en: <http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp/PDFs/13-REFERENDUM%20PANEUROPEO%20Y%20MAGNA.pdf> Página 5. Consulta el 27/6/13).

EI DÉFICIT DEMOCRÁTICO DE LA UE Y EL MERCOSUR:
LAS FORMAS SEMI-DIRECTAS DE DEMOCRACIA COMO REMEDIO

integratorio. Y esto último se refleja en la falta de compromiso de los gobiernos nacionales para avanzar en esos procesos.

Con mayor intensidad esto se produce en un MERCOSUR con su puro carácter inter-gubernamental.

Por todo lo expuesto se puede decir que, dada la parálisis de los procesos de integración producida por sus déficits democráticos, la salida está en profundizar la democracia en estos bloques regionales. Una profundización que debe ir más allá del esquema partidos-parlamento a escala europea-sudamericana, sino que también debe incluir la participación directa de un demos o ciudadanía regional-comunitaria.

Se abren dos caminos en lo relativo al futuro del proceso de integración sudamericana: el primero es continuar con el rumbo actual, donde un mero relato pretende llenar la ausencia de logros concretos:

*"Seguir discursando regionalismo, sin embargo, no es irracional: genera simpatía y apoyo entre pueblos que se identifican culturalmente y, sobre todo, no tiene costos. Hacer, en cambio, es costoso, y por eso la integración latinoamericana no se concreta. El aspecto positivo es que, al menos, no va a terminar tan mal como la europea: lo que nunca fue no puede dejar de ser"*²¹

El otro camino es la búsqueda de legitimidad de los esquemas de integración, apelando a la soberanía popular.

En una organización política hay una diferencia decisiva en lo relativo a cuales fuentes nutren el sentimiento de un "nosotros", no es lo mismo si las personas derivan su sentido de pertenencia de una activa participación en la toma de decisiones políticas ("Nosotros, los que decidimos"), que de una creencia en un ser nacional/continental pre-político, cuya existencia debiera ser preservada por una elite gobernante que en nada consulta a los ciudadanos bajo su poder.

Solo un "Nosotros" basado en el poder de decisión popular podrá garantizar la persistencia de un sentimiento comunitario, fundamento esencial de todo proyecto de integración exitoso.

²¹ MALAMUD, Andrés. "La integración sentimental". En LE MONDE diplomatique, Buenos Aires, septiembre 2012- 159, 13.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

ASTORI, Danilo. <http://www.infobae.com/notas/645779-En-Uruguay-dicen-que-el-Mercosur-pasa-por-el-peor-momento-de-su-historia.html>

Consultado el 21/05/12;

BOLIVAR, Simón. *Carta de Jamaica 1815*. Disponible en: <http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1815cartadejamaica.htm> Última visita el 21/05/12;

BERGGRUEN, Nicolas y GARDELS, Natahan. "¿Cómo podría ser una Unión Política Europea?" Diario El País. 25/01/12;

CASON Jeffrey. *THE POLITICAL ECONOMY OF INTEGRATION. The Experience of Mercosur*. Routledge .Studies in the Modern World Economy.. 2011. New York.

GARCÍA, José Luis Egío *REFERÉNDUM PANEUROPEO Y MAGNA-EFICIENCIA DE LA UE (MÁS ALLÁ DE JÜRGEN HABERMAS)* (Institut Européen de l'Université de Genève / Univ. Murcia) Disponible en: <http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp/PDFs/13REFERENDUM%20PANEUROPEO%20Y%20MAGNA.pdf>

GONZÁLEZ, Felipe. *Los nacionalismos contra la Unión*. Diario El País. Madrid. 30-04-12;

HABERMAS, Jürgen. *La democracia está en juego* .27 octubre 2011 LE MONDE PARIS. Disponible en <http://www.presseurop.eu/es/content/article/1107001-juergen-habermas-la-democracia-esta-en-juego> (Consulta 27/6/13);

HUG, Simon. *Voices of Europe: Citizens, Referendums and European Integration*, Boulder, CO: Rowman & Littlefield, 2002;

KEOHANE, Robert. "Ironies of sovereignty: the European Union and the United States". Journal of Common Market Studies. 2002 40 (4), páginas 743–765;

----- y HOFFMANN Stanley, "Institutional Change in Europe in the 1980s", pp. 1-39 en. Keohane, R and Hoffmann, S (eds.), *The New European Community. Decision-making and Institutional Change*, Boulder, Westview, 1991;

EL DÉFICIT DEMOCRÁTICO DE LA UE Y EL MERCOSUR:
LAS FORMAS SEMI-DIRECTAS DE DEMOCRACIA COMO REMEDIO

LO VUOLO, Rubén. *Vuelta de tuerca al "capitalismo de amigos"*. Buenos Aires. Diario "Clarín" 13/09/12. Disponible en http://www.clarin.com/opinion/Vuelta-tuerca-capitalismo-amigos_0_773322744.html;

MALAMUD, Andrés. "La integración sentimental". En LE MONDE diplomatique, Buenos Aires, septiembre 2012- 159, 13;

PEÑA, Felix. *Broadening and Deepening: Striking the Right Balance*. En R Roett (editor) *Mercosur: Regional Integration, World Markets*. Boulder: Lynne Rienner Publishers. 1999;

ROY, Joaquín. *Obstáculos de la integración latinoamericana*. El País 24 de febrero del 2013. Disponible en <http://blogs.elpais.com/atlantis/2013/02/obst%C3%A1culos-de-la-integraci%C3%B3n-latinoamericana.html> (Consulta 27/6/13).

PRECAUTIONARY PRINCIPLE LIABILITY IN FOOD CHAIN: A STEP FORWARD IN THE EMERGING EUROPEAN TORT LAW

Valentina COLCELLI (*)

SUMARIO: I. — I. Introduction. a.- This symmetry also relates to another concept: the criteria guiding actions for damages against Member States and EU Institutions may be extended to include actions for damages in relationships between private persons. II. — The function of non-contractual liability in the EU legal system. A brief reconstruction. III. — Is the precautionary principle justiciable in terms of horizontal relationships in the food and feed chain? IV. — The precautionary principle and discretionary power. V. — The precautionary principle and discretionary power: towards a unitary definition of non-contractual liability in EU institutions, member states and among private individuals. VI.- Apply in the precautionary principle to the civil liability of food and feed business operators. VII.- Final remarks regarding a uniform definition of EU tort law and the role of private regulators. VIII.- Bibliography.

I. INTRODUCTION

In the light of the tendency for a joint reconstruction of liability in horizontal and vertical relationships in the EU legal system, this article aims to analyse the impact of legal interventions undertaken by EU legislators and the Court of Justice with regard to non-contractual liability in the specific hypothesis of the infringement of the precautionary principle by food and feed business operators.

It is possible to trace a trend towards a uniform definition of non-contractual liability in the EU legal system. This is reinforced by the approach taken by EU judges. In his concluding remarks to *HJ Banks & Company Ltd v British Coal Corporation*, Advocate General Van Gerven asserted that a significant number of elements could be found in EU case law relating to the liability of the Community to qualify the responsibility of private persons in the infringement of EU law, as Advocate General Mischo had already pointed out in the *Francovich* judgment. It is undesirable that the liability of Community/EU institutions in the case of a breach of Community law should be framed in a manner which differs fundamentally from that of the national authorities or individuals, with regard to a breach of Community law¹. Therefore, in

(*) Ph.D., Research fellow University of Perugia, Module Leader J. Monnet European Modules 2013/2016, "Europeanization Through Private Law Instruments" [EuPLAW]. Department of juridical studies "A. Giuliani", Faculty of Law, University of Perugia, via Pascoli, 33, Italy Tel.: ++39 075 5852420, fax n. +39 075 585 2421. E-mail address: valentina.colcelli@progetti.unipg.it.

¹ Court of Justice, *Francovich and another v Italy*, Cases C-6 & 9/90, [1991], ECR I-5357, paragraph 71, with reference to the judgment in Court of Justice, *Astern*, Cases 106/87 and 120/87, [1988], ECR 5515, paragraph 18

certain conditions, private persons are held to be non-contractually responsible for failing to respect the directly applicable European Union law.

- a. This symmetry also relates to another concept: the criteria guiding actions for damages against Member States and EU Institutions may be extended to include actions for damages in relationships between private persons.

Thus, the provisions of EC Regulation n. 178/2002, regarding the precautionary principle and damages caused by food and feed products, could be considered an important step for the joint reconstruction of liability in horizontal and vertical relationships (articles 7, 19, 20 and 21 Regulation n. 178/2002).

Liability, with regard to the precautionary principle, contributes to the emerging European Tort Law. For the Court of Justice, the liability of Member States, like that of private persons, in the infringement of Community law is a measure which guarantees that EU law is implemented.

In the European Union legal system the instruments and institutions of private law are capable of contributing to the European regional integration process, often as effectively as the use of the traditional instruments of public law. As a result, due to the variety of the EU legal system, and the legal systems of the Member States, EU policy is also enforced with the "*ausilium*" of the typical instruments of private law². The Community, and subsequently, the European Union, have been characterized by the implementation of new means of governing market integration, as complementary or alternative answers to legislative harmonisation realised through institutional instruments. Private and public law can be seen as two distinct regulatory strategies of the European Union and national markets; however, the instruments used to correct market failures, and to guarantee the economic order sought by the European Union, range across public and private law. The EU liability system is an example of this regulatory approach³.

Arrangements for available public regulatory tools are usually extremely diverse. Private law offers complementary remedies in individual situations through contract law and, more importantly, consumer law, in the case of information problems. Additionally, in the manner of tort law, private law assumes the effects of externalities suffered by third parties. Tort law may offer *ex post* situational remedies as well, in the case where one party has been seriously disadvantaged.

² Colcelli V., *Understanding of the built of European Union legal system: The function of individual rights*, [2012], 8, J. Soc. Sci., 2012, pp.381 at 389; see also Basedow J., *The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary*, [2010], 18 *European Review of Private Law*, 3, pp. 443–474.

³ Cafaggi, F. and H.M. Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, [2009], Elgar, Cheltenham, Northampton.

Familiar legal instruments used in private law, such as tort or contract law, are now seen to be only a small part of the range of possible tools that can be harnessed with the aim of obtaining allocative efficiency or distributive justice, summarily described as the correction of market failures (e.g. legal rules applying to contracts for services, EC environmental law, environmental liability, product safety, product liability, etc.).

This article will examine the nexus between product markets and the legal system. This will be presented in the context of product safety and tort law. Decisions taken by firms regarding investments made to improve product safety also depend on the tort system.

The EU legal framework permits for the use of the precautionary principle to assess legal liability for the actions of food and feed business operators, thus reinforcing a new integrated system of civil liability. The relationship between the discretionary and non-contractual liabilities of Institutions and Member States, as applies to the liability of private food chain operators, must be carefully examined.

In order to achieve this goal, this paper proceeds as follows: the following section provides a short introductory description of the non-contractual liability function in the history of the Communitarian and EU legal system. The third section goes on to explain why it is possible to bring a case against food and feed business operators (in horizontal food and feed chain relationships) for infringement of the precautionary principle. There then follows a description of the real problem with regard to the justiciability of the precautionary principle in horizontal relationships: compatibility and difficulties in relation to art. 7 of Directive 85/374/EEC (paragraph. 4), and why, in applying liability for infringement of the precautionary principle to food and feed business operators, the relationship between the discretionary and non-contractual liabilities of Institutions and Member States must carefully be examined (sections 5 and 6). Section 7 examines how the EU legal system — thanks to the multilevel dimension of European private law — has been characterized by the use of new complementary / alternative ways to govern market integration, in place of the old method of legislative harmonisation achieved through the use of institutional instruments. Section 8 concludes with a discussion of the consequences, on the economic side, on food and feed business operators for infringement of the precautionary principle in the light of the uniform definition of non-contractual liability in EU law.

II. THE FUNCTION OF NON-CONTRACTUAL LIABILITY IN THE EU LEGAL SYSTEM. A BRIEF RECONSTRUCTION

In the history of the Communitarian legal system, non-contractual liability has been seen as a way to structure the fledgling legal system and to safeguard its goals. To assure the existence of the Communitarian legal system, the Court of Justice does

not rely on Member States, but instead attributes subjectivity to individuals⁴. Attributing subjectivity to individuals and the providing of remedies (by the Court of Justice) has been (and remains) an important measure in the reinforcing of Community *primauté*⁵.

The Court of Justice once used the principle of *direct effect* to identify individual rights in relation to Member States and Institutions. This approach is no longer applied. Because of the increasing competences of the Community, in functional terms, in order to achieve the success of the internal market, it was difficult to identify new individual rights — created during the expansion of Community powers — by applying the aforementioned theory. Therefore, the Court of Justice subsequently used the principle of *useful effect* to identify individual rights against Member States, which thus became debtors of the individual.

After the *Francovich* judgement, the qualification criteria for selecting individual rights changed⁶. The system for protecting individual rights, which emerges when the principle of *effet utile* is applied, can be seen as a new way of qualifying individual rights. In accordance with this principle, Member States that do not fulfil their obligation to implement Community rules, which are not directly applicable, are rendered debtors⁷. Thus, individual rights are qualified when judges apply rules that make concrete, and conform to, the objectives pursued by the Community⁸.

There is a relationship between legal protection within the EU legal system and the qualification of individual rights in horizontal legal relationships, and between these new modes of governance and the regulatory functions of European private law: EU rules, in both horizontal and vertical relationships, aim at consolidating the EU legal system, as well as regional integration⁹ in the internal EU market¹⁰. It follows, therefore, that the same typical instruments of private law can prove useful in support

⁴ O'Keefe D., *Judicial Protection of the Individual by the European Court of Justice*, [1995], 19, Fordham International Law Journal, 3, pp. 901 at 914.

⁵ Forsberg T., *Normative Power Europe, Once Again: A Conceptual Analysis of an Ideal Type*, [2011], 49, Journal of Common Market Studies, 6, pp. 1183 at 1204.

⁶ Bartolini, A., *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, [2005], Giappichelli, Torino.

⁷ Van Gerven, V.W., *Non-contractual Liability of Member States, Community Institutions and individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law for Europe*, [1993], *Maastricht Jour. Eur. and Comp. Law*, p.p 9 at 28.

⁸ The Court uses the idea, borrowed from the *common law* tradition, that remedies remain one among a variety of methods of significant subjective interest in the EU legal system. Remedies — measures to qualify individual rights — follow the classical system of the qualification of individual rights in *civil law*, in which rights are expressed as rules. See Arnulf A., *The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse*, [2011] *Eur. Law. Rev.*, 1, pp. at 51 to 71.

⁹ A. Menza González, *El fenómeno de la regionalización*, Ponencia presentada en el II° Congreso Nacional de Derecho Publico. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. 1999 -

¹⁰ Collins H., *Regulating Contracts*, [1999] Oxford University Press, Oxford.

of integration, which had initially been structured through the regulation of vertical relationships¹¹.

As well as the close functional relationship between legal protection and substantive rights in the EU legal system, the EU Court of Justice gives an additional meaning to the traditionally non-contractual liability in horizontal relationships. Such non-contractual liability ensures the full effectiveness of EU law, as in vertical relationships.

The fact that today it is possible to trace a trend towards the uniform definition of non-contractual liability in EU law reinforces the logic of EU judges: the infringement of EU rules set out for the purpose of conserving the EU legal system, carried out by individuals against other individuals, means ensuring the *effect utile* of all EU rights¹², not only with regard to the non-implementation of Directives.

The expansion of the number of persons protected, for instance, by EU competition legislation – including consumers – is a way of enhancing the use of non-contractual liability to preserve the effectiveness of internal markets as competitive structures. This is perhaps the aspect that most greatly emphasises the trend highlighted by the EU Court of Justice, which also applies to horizontal relationships, in that actions for damages (for non-contractual liability) are a means of ensuring the full effectiveness of EU rights.

III. IS THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE JUSTICIABLE IN TERMS OF HORIZONTAL RELATIONSHIPS IN THE FOOD AND FEED CHAIN?

The precautionary principle in the food and feed chain is an element that constitutes a connecting link between different events and situations, in working towards a joint reconstruction of liability in vertical and horizontal EU relationships (between Institutions, Member states and private entities).

In order to find a correspondence between vertical and horizontal non – contractual liability in the EU legal system, and bring about the emergence of a European Tort Law, it must be ascertained whether or not articles 7, 18,19 and 21 of Reg. n. 178/2002 intend to confer rights on the third party.

According to art. 263 of the Treaty on the functioning of the European Union, the Court of Justice refers to the meaning of the higher-ranking principle that numbers

¹¹ Collins H., *The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: in Search of the Philosopher's Stone.*, (2006), 2, *European Review Of Contract Law*, pp. 213 at 226; see also Collins H., *Why Europe Needs a Civil Code*, [2013], 21, *European Review of Private Law*, 4, pp. 907–922 and Hondius, E.H., *Towards a European civil code*, [2011], Nijmegen: Ars Aequi, pp. 3-25.

¹² Court of Justice, *Courage v Crehan*, Case C-453/99, [2001], *ECR I-6297*, paragraphs 26 and 27.

among those rules the Court makes use of in reviewing the legality of measures taken by EU bodies. Additionally, in cases involving non-contractual liabilities of Member States, when principles designed to confer rights on individuals are not implemented (e.g. *Francovich*), they are deemed to be directly applicable EU laws¹³, not rules. In private relationships, only directly applicable EU laws confer rights on individuals. This excludes Directives, even those that are self-executing.

Thus, to appreciate whether or not the precautionary principle is justiciable among the horizontal relationships of the food and feed chain, it is necessary to explore its nature.

Generally “the precautionary principle may be considered as a theory and justification for strict liability for (...) harm rooted in the law of obligations or tort law with the goal of compensation for victims in case of harm; the precautionary principle also may be understood broadly as a duty to take precautionary action and avoid risk”¹⁴.

Regulation n. 178/2002 introduces a precise reaction mechanism to be implemented in the face of scientific uncertainty. Previously, the application of the precautionary principle to different areas was based on EU and EC Treaties, but without determining either the conditions needed to put it into practice, or the consequences of its implementation. For the first time in the EU legal system, Regulation 178/2002 formulated a legal definition of the principle for all EU food law, and introduced a comprehensive model of risk analysis¹⁵.

Now — and not without some complications — Regulation n. 178/2002 sets the conditions to put this into practice and lays down the consequences of its implementation: as part of risk analysis methodology¹⁶, the precautionary principle in Regulation n. 178/2002 is addressed to public authorities, but according to articles 7, 18, 19 and 21 of the Regulation mentioned above, this applies to private persons (e.g. food and feed business operators).

In this context this has already been confirmed by the Communication from the Commission on the precautionary principle (COM/2000/0001). In relation to the burden of proof, the Commission explains that “action taken under the head of the precautionary principle must in certain cases include a clause reversing the burden of proof and placing it on the producer, manufacturer or importer”, underlining the horizontal liability of the precautionary principle in terms of Regulation n. 178/2002, the General Food Law.

¹³ e.g. Court of Justice, *Brasserie du Pêcheur SA v. Germany*, Case C-46 and 48/93 1996, [1996], ECR I-1029.

¹⁴ Tinker C., *State Responsibility and the Precautionary Principle*, D. Freestone and E. Hey [eds.], *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, [1996], Boston, Kluwer Law International, pp. 53 at 55.

¹⁵ European Parliament, Resolution of 10 March 1998 on the Green Paper.

¹⁶ Hirschauer N. and Zwoll S. *Understanding and managing behavioural risks: the case of malpractice in poultry production*, [2008], Eur J Law Econ, pp.26:27–60.

Within the EU legal system, one must clarify whether or not the rules under examination confer rights on individuals, and which are capable of identifying the categories relevant in the field of non-contractual liability.

The principles infringed upon by Institutions must be of a higher ranking (as we can address the non-contractual liability of Institutions, the latter must be responsible for the violation of a higher principle which contains a provision for the protection of the individual), and should protect individuals. Traditionally, higher ranking principles are the general principles of the EU legal system.

In any case, the jurisprudence of the Court of Justice can be seen to have advanced. While EU judges traditionally equated the definition of higher rank with general principles, the current trend is somewhat different. The EU Court of Justice now uses the same criteria used to configure the non-contractual liability of Member States to qualify the non-contractual liability of EU Institutions¹⁷. Therefore, such non-contractual liability may be recognised, even if the rule breached is not a higher-ranking principle, as described above¹⁸.

The criteria for identifying a higher-ranking principle are the same as those for identifying rules for a legal review of institutional acts: the reference is not only to general principles, but also the rules and fundamental principles of the Treaty¹⁹.

The principles set out in Reg. 178/2002 - the General Food Law - have a horizontal nature and apply to "all stages of production, processing and distribution of food, and also of feed produced for, or fed to, food-producing animals" (Art. 1 (3) of Reg. 178/2002). In particular the principles laid down in articles 5 to 10 form a general framework of a horizontal nature (Art. 4 (1) of Reg. 178/2002).

In this integrated manner, Regulation n. 178/2002 lays down norms related to all stages of the production, processing and distribution of food (and also of feed produced for, or fed to, food producing animals) with particular attention to product safety. This covers all stages of production, processing and distribution, and food and

¹⁷ Court of Justice, *Bergaderm and Goupil v Commission*, Case C-352/98, [2000], *ECR* I-5291.

¹⁸ see again Court of Justice, *Bergaderm and Goupil v Commission*, Case C-352/98, [2000], *ECR* I-5291

¹⁹ Some judgements of the Court of First Instance are indicative of this [See Court of Justice, *FIAMM and FIAMM Technologies v Council of the European Union and Commission* Case T-69/00, [2005], *ECR*, II-5393]. In six recent judgements, the Court reflected on the value of WTO agreements. The Court of First Instance stated that these international agreements do not confer rights on individuals. Because of their nature and structure, WTO agreements are not among those rules by which EU Courts review the legality of action by Community Institutions [Court of Justice, *Portugal v Council*, Case C-149/96, [1999], *ECR*, I-8395, paragraph 47; the order in *OGT Fruchthandels-gesellschaft* case [Court of Justice, *OGT Fruchthandels-gesellschaft*, Case C-307/99, [2001], *ECR* I-3159, paragraph 24]. The Court can review the legality of the conduct of the defendant Institutions by WTO rules when the Community intends to implement a particular obligation assumed within the context of the WTO or when the Community measure expressly refers to specific provisions of the WTO agreements [see, as regards GATT 1947, Court of Justice, *Fediol v Commission*, Case C-70/87, [1989], *ECR* 1781, paragraphs 19 to 22, and, with regard to WTO agreements, Court of Justice, *Biret International v Council*, Case C-93/02 P, [2003], *ECR* I-10497].

feed business operators shall ensure that foods or feeds satisfy the requirements of food law (art. 17 Reg. 178/2002), and shall avoid the risks that are functions of the risk of adverse health effects, and the severity of such effects, consequential to a hazard (art. 3, 9 c., of Reg. n. 178/2002). If product safety is part of a broader strategy concerning risk regulation, safety can be understood as the absence of risk or existence of minimum risk.

The principle now under examination is part of the above-mentioned set of principles, thus it is horizontal by nature, and according to its function, this being to protect the fundamental right of health protection, and to contribute to the maintenance of a high level of protection of public health, the environment and consumers²⁰. The jurisprudence of the Court of Justice considers the precautionary principle as a general principle of the EU legal system, and not only in the field of food safety²¹.

Regulation n. 178/2002 is a direct effect of EU rule and the Court of Justice might use it in reviewing the legality of measures taken by EU bodies and Member States.

Indeed, in accordance with the laws in force in EU Member States concerning liability for defective products, food and feed business operators may be liable for a defect, even if the product was manufactured in accordance with the rules of the trade or existing standards, or it was the subject of administrative authorization²². To avoid this, food and feed business operators would do well to adopt measures based on the precautionary principle when faced with scientific uncertainty. Therefore, a food and feed chain business operator must report it any doubts to the Authority, in order to respect the measures referred to in art. 7, 2 par., Reg. n. 178/2002, as well as respecting the obligation to withdraw any food or feed in the presence of any potential risk suggested by scientific uncertainty.

Failure to comply with these rules of conduct can render operators responsible for the breach of the precautionary principle, without the prejudice of liability for defective products under the aforesaid articles 7, 18, 19 and 21.

The food business operator is responsible for the safety of the system for supplying food/feed and ensuring that the food it supplies is safe (30 consideration of Reg. n. 178/2002), thus it follows that they should shoulder the primary legal responsibility for ensuring food safety.

²⁰ Green Paper on the General Principles of Food Law in the European Union of 30 April 1997 [COM[97] 176 final

²¹ Court of Justice, *Gowan Comércio Internacional E Serviços Lda V. Ministero Della Salute*, Case C-79/09, [2010], not yet reported, See also Alemanno A., *Annotation of European Court of Justice, Case C-79/09, Gowan Comércio Internacional e Serviços Lda v. Ministero Della Salute [Precautionary Principle]*, [2011], 48, *Common Market Law Review*, n. 4, pp. 1 at 15 and also Pardy B., *Applying the Precautionary Principle to Private Persons: Should it Affect Civil and Criminal Liability?*, [2002], 43, *Les Cahiers de droit*, n° 1, p. 63 at 78.

²² Cazeneuve B., *La responsabilité du fait des produits*, [2005], Dunod, Paris.

In this framework standards concerning product safety are generated within both civil liability (which also concerns private food chain operators) and the regulatory systems.

IV. THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE AND DISCRETIONARY POWER

The legal framework permits the use of the precautionary principle to assess legal liability for the action of food and feed business operators, and requires their taking the precautionary principle into account. That being said, presupposing precautionary measures from private parties risks creating a potential for the punishment of damages in the presence of discretionary power. The evaluation of risk, in the light of insufficient scientific evidence, remains at the discretion of the food and feed business operator.

Measures based on the precautionary principle should be subject to review, in the light of new scientific data, and are also capable of making the food chain operator responsible for not having studied or conducted research or developed scientific evidence necessary to achieve an effective and comprehensive risk assessment²³. Any measures based on the precautionary principle relating to a food and feed product have to be based on the available scientific evidence.

From a legal perspective, the most important aspect of the precautionary principle is that positive action to protect the original environment may be required before scientific proof of harm has been provided²⁴. The principle provides a mechanism to enable decision makers to take measures where the relevant scientific evidence is insufficient. Scientific risk assessment and other legitimate factors could determine the content of the measures²⁵.

The precautionary principle can be defined as a tool that allows us to interpret scientific uncertainty.

Thus it appears to allow the interpreter some degree of discretion in relation to which action to take. The real problem with regard to the justiciability of the precautionary principle, and the capacity to assess legal liability in horizontal relationships between food and feed business operators, is the burden of proof, alongside the possible discretion of the operator in reaching a decision.

²³ Communication from the Commission on the precautionary principle [COM/2000/0001].

²⁴ Freestone D. and Hey E., *Origins and Development of the Precautionary Principle*, D. Freestone and E. Hey [eds.], *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, [1996], Boston, Kluwer Law International, 3 at 13.

²⁵ Szykowska A., *The impact of the definition of the precautionary principle in EU food law*, [2010], 47, *Common Market Law Review*, pp. 173 at 196.

The above topic is related to food and feed products for which a prior approval procedure does not exist.

EU rules and those of many third countries enshrine the principle of prior approval (positive list) before certain products are placed on the market, such as GM foods²⁶. In this case, by way of taking precautions when dealing with substances considered "a priori" a hazard, or which are potentially hazardous at a certain level of assimilation, EU legislators have inverted the burden of proof by requiring that the substances be deemed hazardous until proven otherwise.

Where such a prior approval procedure does not exist, and in particular in the case of articles 7, 18 and 19 of Reg. n. 178/2002, which apply to the cautionary conduct of food and feed business operators when faced with a food or feed risk, for the user (be they private individuals, consumers, consumer associations, citizens or the public authorities) the problem is how best to demonstrate the nature of a danger and the level of risk posed by a product or process.

As the Commission explained in its publication COM/2000/0001, action taken according to the precautionary principle must in certain cases include a clause reversing the burden of proof and placing it on the producer, manufacturer or importer. But in the same paper the Commission affirms this clause is not systematically a general principle. Thus the real problem of how best to deal with non-contractual liability to private food and feed operators in the light of precautionary principle applies to the creation of a common system governing the burden of proof in the European Union.

V. THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE AND DISCRETIONARY POWER: TOWARDS A UNITARY DEFINITION OF NON-CONTRACTUAL LIABILITY IN EU INSTITUTIONS, MEMBER STATES AND AMONG PRIVATE INDIVIDUALS

To apply this liability to private food chain operators, the relationship between discretionary and non-contractual liabilities relating to Institutions and Member States must be carefully examined, as in the European Union legal system this is the only other situation in which a system of liability connected with discretionary power exists.

The attention the Court of Justice pays to evaluating the existing relationship between the discretion granted to Member States or Institutions and the infringement of rules intended to confer rights on individuals (see paragraph n. 4) should also be extended to the non-contractual liability of individuals, as EU law is not sufficiently equipped to identify the non-contractual liabilities of the European Union or Member States and, following this, of individuals²⁷.

²⁶ Levidow L., *Regulating GM Crops in Europe*, [2001], 31, *Social Studies of Science*, n.6, p. 842 at 874.

²⁷ *Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code* [PE 168.511, 56];

In civil law in the EU, non-contractual liability may be described as a subjective right to have legal rights remedied if they are damaged. In the EU legal system it appears that there is no relationship between liability and the nature of any substantive right. Because of the recognition of the right to compensation, the conduct of others — States, Institutions, or individuals — affects the legal position of a private person. Thus, non-contractual liability in the European Union may be configured even if rules are not infringed. In such a case, the severity of the damage suffered is sufficient to make a claim: a causal relationship must exist between this and the damages suffered by the injured party²⁸.

In cases where broad discretion is not applied, a simple infringement of EU rights by EU Institutions or Member States can lead to a configuration of non-contractual liability. When an Institution or Member State does not have discretionary powers strong enough to take legislative measures, the simple failure to respect EU rules can indicate a serious breach²⁹.

On the other hand, when instruments of binding secondary legislation do not contain unconditional and sufficiently precise provisions, non-contractual liabilities of Member States or EU Institutions are not configured. When discretionary powers are strong enough, the liability of authorities does not arise.

It follows then that serious breaches of rules concerning discretionary power in implementing legislative measures can be seen as enforcement measures for the non-contractual liabilities of EU Institutions or Member States.

In such cases, the liabilities of both Institutions and Member States arise only if the liabilities do not originate, as they are required to do, from a legal act. Therefore, this omission implies that they have seriously omitted to carry out a required act.

With both State and Institutional liability, the sufficiently serious breach requirement now applies in all cases. The different is that, with institutional liability, in no – or low – discretion cases, breach will be mechanically considered a sufficiently serious breach without suggestion to *Brasserie* fault factors. But, as regards State liability, the fault factors are checked in any case. When an Institution does not have sufficiently strong discretionary powers, no real defence is offered to the Institution.

The sufficiently serious breach hurdle is in practice no obstacle at all, as the Institution cannot escape liability by pointing to fault factors that, in another context, contribute to making a breach sufficiently serious.

When, in implementing EU rules, the discretion of a Member State is not considerable or, rather, is completely reduced (as in technical standards and regulations), or when it does not allow changes as a general principle, national

²⁸ Court of Justice, *Biovilac v Commission*, Case C-59/83, [1984], *ECR* 4057, paragraph 28.

²⁹ Court of Justice, *Haim*, Case C-319/92, [1994], *ECR* I-425, paragraph 38 and Court of Justice, *Larsy v. Inasti*, Case C-118/00, [2001], *ERC* I-5063, paragraph 8.

legislation contrary to a Directive for which the period for transposition has not expired need not compulsorily be applied³⁰. In these cases, Member States cannot implement a Directive, because their discretionary powers with regard to the implementation of technical regulations is not a consideration. Non-transposition Directives that define the substantive scope of a legal rule create rights or obligations for individuals, and the national court must decide on the case put to it on this basis³¹.

This may happen with regard to the infringement by a Member State of a general principle of the EU legal system, as well as in relation to a Directive, the period for transposition of which has not expired. In the *Unilever* judgement, the technical regulation adopted in breach of Art. 9 of Directive 83/189/EEC, also had an effect on the free movement of products³². Non-application is a control tool at the discretion of Member States in transposing Directives into national law³³.

Scholars have found that some general standards can already be established, with regard not only to "vertical liability" for breaches of EC law, either by Community institutions under Art. 288 (2) EC, or by Member states under the *Francovich* doctrine, but also for "horizontal liability" among private parties³⁴.

Citizens should not be discriminated against by applying a different standard of legal protection to them. National law will always be a starting point in defining the cause of action and legal basis of a claim. Thus, the judiciaries of the Member States ensure the supremacy as well as the effectiveness of European law, but in the light of the different standards of legal protection available to citizens present in Member states with various legal systems regarding liability and the precautionary principle, with reference to the EU liability system it is necessary to safeguard citizens.

The basic requirement is the violation of a provision of EU law intended to protect private parties³⁵. Remedies for compensation must be found under national law, as this respects the principle of adequate protection. Existing national remedies must eventually be reshaped and upgraded if they do not meet EU standards. The

³⁰ Roes T., *Case C-555/07, Seda Kucukdeveci V. Swedex Gmbh & Co. Kg.*, [2009-2010], 16. Colum. J. Eur., pp. 497-518.

³¹ Court of Justice, *Faccini Dori*, Case C-91/92, [1994], ERC I-3325, paragraph 20.

³² Court of Justice, *Unilever Italia Spa v Central Food Spa*, Case C-443/98, [2000], ERC I-07535, paragraphs 50 and 51. About the general issue of free circulation see C. Pizzolo, *Libre circulación de personas: alcance y límites*, R. Cippitani, M.I. Álvares Ledesma (Edit by) *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, ISEG, Roma_Perugia_México, 2013, pp. 205 ss.

³³ Roes T., *Case C-555/07, Seda Kucukdeveci V. Swedex Gmbh & Co. Kg.*, [2009-2010], 16, Colum. J. Eur., pp. 497-518.

³⁴ Leczykiewicz D., *Private party liability in EU Law: in search of general regime*, *University of Oxford Legal Research Paper Series*, [2009-2010], 84, Oxford University Press, Oxford.

³⁵ Vandersanden G. and Barav A., *Contentieux communautaire*, [1977], Büssell: «*En une disposition du traité, en un règlement de rang supérieur ou en un principe général du droit, comme par exemple l'interdiction de discrimination, l'égalité devant les charges publiques, le respect de la sécurité juridique, ou le principe de proportionnalité*».

Court of Justice is not interested in whether or not different Member State jurisdictions guarantee extremely high-level legal protection or better legal protection than each other. To ensure that EU rights are effectively protected, national legal protection cannot be lowered below the *minimum* standard of necessary safeguards. If and/or when this happens, the aforementioned *equipment* is utilised. And also, if EU law presents uncertainty which can only be settled by the case law of the Court of Justice, the responsibility for this uncertainty cannot be allowed to weigh on the shoulders of the defendant or applicant in a tort action³⁶.

This may lead to a “hybridization of remedies” which could be shown in the basic requirements of “sufficiently serious breach”, particularly in the field of the liability of the precautionary principle. In this area it appears citizens may be discriminated against by applying them with different national standards of legal protection because it may prove difficult to find a national tort law that is always connected with liability in the case of a breach of the precautionary principle.

Taking in account the criteria laid down by the EU Court of Justice with regard to Member States and Institutional liability, this requires that applicants prove the extent of the damage³⁷. “There must be a direct causal link between the breach of the obligation resting on the State and the damage sustained by the injured parties”³⁸. It is for the applicants to prove causation; the Court of Justice will not make an assumption about the existence of a wrongful act and damage³⁹.

However, the condition of “sufficiently serious breach” of EU rules is not based on fault or negligence, which has been the traditional standard of tort law, but the violation of a duty under EU law, which must however meet a certain threshold. A negligent violation may be regarded as evidence of “sufficiently serious breach”, but on the other hand “reparation....cannotdepend upon a condition based on any concept of fault”⁴⁰.

For instance, in both cases, *R v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food ex parte Hedley Lomas*⁴¹, on Institutions liability, the Court of Justice held that where the defendant has little or no discretion, any breach of Community law must be regarded as sufficiently serious for the purposes of establishing liability in damages.

³⁶ Court of Justice, *R v. HM Treasury ex parte British telecom*, Case C-392/93, [1996], ECR- I1631; Court of Justice, *Denkavit*, Joined Cases C-283/94 et al., [1996], ECR I-5063.

³⁷ Court of Justice, *GAEC v Council and Commission*, Case 253/84, [1987], ECR 123.

³⁸ Court of Justice, *Brasserie du Pêcheur SA v. Germany*, Case C-46 and 48/93 1996, [1996], ECR I-1029.

³⁹ Court of Justice, *Dumortier Frères*, Cases 64 & 113/76, [1979], ECR 3091.

⁴⁰ Court of Justice, *Brasserie du Pêcheur SA v. Germany*, Case C-46 and 48/93 1996, [1996], ECR I-1029, paragraph 79.

⁴¹ Court of Justice, *R v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food ex parte Hedley Lomas*, Case C-5/94, [1996], ECR I-2553], on Member State liability, and Court of Justice, *Commission v Fresh Marine*, Case C-472/00, [2003], ECR I-7541.

The criteria mentioned above which have been developed in EU and state liability should be taken into account by analogy to cases of “horizontal liability”, in the presence of discretionary power in connection with risk management in the field of food and feed safety.

Furthermore, the application of the precautionary principle is connected with the fundamental right to health.

In non, or low, discretionary cases, the question remains whether the sufficiently serious breach test is too high a hurdle in claims involving fundamental rights. According to the Advocate General Lagrange, “in each case a balance must be struck between the public interest and private interest”⁴².

Accordingly, with reference to the liability of Institutions and Member States, and in particular, with attention to fundamental rights, given the nature and construction of articles 7, 18, 19 and 21, and with regard to framework of the regulation itself, it can be concluded that the inertia of chain operators when faced with an unscientific uncertainty (a doubt) is manifest and grave, and therefore implies a sufficiently serious breach of EC law. In order to avoid a potential risk, with regard to a) withdrawing food or feed from the market, b) informing the competent authorities and c) recalling products already supplied to consumers, when other measures are not sufficient to provide a satisfactory degree of health protection, d) not bringing to market a product in the presence of scientific uncertainty about its safety, there is no discretionary power.

VI. APPLYING THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE TO THE CIVIL LIABILITY OF FOOD AND FEED BUSINESS OPERATORS

Applying the same laws and regulations that apply in the case of tort actions involving Institutional liability and Member state liability to the infringement of the precautionary principle by food and feed business operators results in avoiding different interpretations among various National Courts regarding the same fact (the infringement of art. 7, 18, 19 of Reg. n. 178/2002)⁴³.

This system is reinforced by the adoption of EC Regulation 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligation (also known as the Rome II Regulation), which marks notable progress in the harmonization of private international law among the 27 EU member States. Regulation n. 864/2007 can provide for rules that also aim at guaranteeing a high level of health protection and food safety. This contributes to ensure that these rules should not be infringed by others that deal with the delocalization of agri-food companies.

⁴² Court of Justice, *Meroni v. High Authority*, Case, C-14,16,17,20, 14, 26, [1961], ECR 161.

⁴³ Whittaker S., *Liability for Products. English Law, French Law and European Harmonisation*, [2005], Oxford University Press, Oxford.

However, and in accordance with the importance of the Rome II Regulation, this is not an attempt to harmonise the substantive law of the signatories in the field of non-contractual obligations, but merely conflict-of-law rules, with the result that, no matter where in the EU an action is brought, the rules determining the applicable law will always be the same. Within the European legal context, the system of horizontal liability mentioned above is also strengthened by a grooving implementation of the presence of Class Action rules (see for instance recent events in the Italian legal system and the introduction of the new art. 140-*bis* Consumer Code)⁴⁴.

As regards the burden of proof, and the liability of food and feed business operators for infringement of the precautionary principle, art. 7 (e) of Directive 85/374/EEC has to be considered.

Indeed, according to the EU norms on developed risks, the producer (and the producer alone) can mount a defence if they can prove certain facts exonerating them from liability, including proof that the state of scientific and technical knowledge — at the time when the product was put into circulation — was not advanced enough as to allow for the existence of the defect to be discovered⁴⁵ (ex art. 7 (e) of Directive 85/374/EEC).

Thus “whilst the producer has to prove that the objective state of scientific and technical knowledge, including the most advanced level of such knowledge, without any restriction as to the industrial sector concerned, was not such as to enable the existence of the defect to be discovered, in order for the relevant knowledge to be successfully pleaded as against the producer, that knowledge must have been accessible at the time when the product in question was put into circulation”⁴⁶.

The system of horizontal liability for the above detailed infringement of the precautionary principle allows for a new interpretation to art. 7 (e) of Directive 85/374/EEC.

There is a less than perfect relationship between the precautionary principle ex art. 7 of Reg. 178/2002 and a system that has as its aim the avoidance of development risk liability ex art. 7 (e) of Directive 85/374/EEC. The first article relates to a scientific uncertainty, when doubts about a product defect exist. Art. 7 (e) of Directive 85/374/EEC applies in the absence of scientific doubts, in circumstances where the state of scientific and technical knowledge at the time when the food and feed producer put the product into circulation was not sufficiently advanced to enable the existence of the defect to be discovered, yet some doubt may still exist.

⁴⁴ Sassi A., *First Verdicts regarding «class action remedy» in Italian Legal System. Reflections*, A. Palazzo and A. Sassi [eds.], *Class action. Una prima lettura*, [2012], University of Perugia_Iseg, Rome_Perugia, pp. 213 at 227.

⁴⁵ Palazzo A, *Tutela del consumatore e responsabilità civile del produttore e del distributore di alimenti in Europa e negli Stati Uniti*, [2001], *Eur. e dir. priv.*, p. 685 at 796.

⁴⁶ Court of Justice, *Commission v. England*, Case C-300/95, [1997], ECR I-2649.

Furthermore, art.7 of Directive 85/374/EEC does not apply to all products the safety covered of which is regulated by Reg. 178/2002. Furthermore, art.7 (e) of Directive 85/374/EEC produces an inequality of treatment for producers (or other businesses involved in the food and feed chain) and users too, as they do not have the same instruments available for their defence.

The above-mentioned Art. 7 can be applied to all movables, even when incorporated into another movable, or into an immovable, and electricity, with the exception of primary agricultural products and game. The definition of a primary agricultural product covers products of the soil, stock-farming and fisheries, and excludes products which have undergone initial processing (art. 2 of Directive 85/374/EEC). Indeed, for the purposes of Reg. 178/2002, the term "food" covers any substance or product, be it processed, partially processed or unprocessed, that is intended to be, or can reasonably be expected to be, ingested by humans, and also covers drink, chewing gum and any substance, including water, intentionally incorporated into food during its manufacture, preparation or treatment (art. 2 of Reg. 178/2002), products of the soil, stock-farming and fisheries included.

It might therefore be possible to apply art.7 of Directive 85/374/EEC to some foodstuffs and not to others. Art.7 (e) of Directive 85/374/EEC applies to processed or partially processed food, and not primary agricultural products. But that being said, the safety level of their production may be seen as high-risk if there is a lack of available scientific evidence.

All these are dyscrasias, meaning that, at least in the field of foodstuffs, the relevance of scientific and technical knowledge that is presented as fact does not automatically exonerate the producer from liability.

Both rules appear to define different liability regimes that have an impact on incentives to monitor product safety and defects once a product has been put on the market. Directive 85/374/EEC takes a partially different approach from Regulation n. 178/2002, which is a sector specific regulatory regime, in accordance with the fact that it treats food and feedstuffs with a clear focus on potential effects on human health, as these products are to be ingested by humans. Directive 85/374/EEC is residual and only applies to consumer products, the safety of which is not specifically regulated⁴⁷.

Directive 85/374/EEC identifies the industrial chain by distinguishing suppliers and distributors. According to the directive, the former are held responsible for the safety of the product, while the latter are not. Regulation 178/2002 applies to all stages of the production, processing and distribution of food and feedstuffs. Thus food and feed business operators, at all stages of production, processing and distribution regarding the businesses under their control, shall ensure that foods or feeds satisfy the requirements of food law which are pertinent to their activities and shall verify that such requirements are met (art. 17 of Reg. 178/2002), not only the former.

⁴⁷ Cafaggi, F. and H.M. Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, [2009], Elgar, Cheltenham, Northampton.

For all of these reasons it is possible to say that in the field of food and feed safety, art.7 (e) of Directive 85/374/EEC is not completely effective.

According to articles 7, 18, 19 and 21 of Reg. n. 178/2002 read in conjunction with art.7 (e) of Directive 85/374/EEC, food and feed business operators shall be liable for damages at all stages of production, either if a scientific uncertainty regarding harmful health effects exists, or if the state of scientific and technical knowledge - at the time when the product is put into circulation - was not capable of ascertaining the existence of any defect yet to be discovered. This is because the recourse to the precautionary principle presupposes that potentially dangerous effects deriving from a phenomenon, product or process have been identified, and the scientific evaluation does not allow for the risk to be determined with sufficient certainty⁴⁸.

The mere existence of a doubt about a potential danger, based on scientific uncertainty, can be the basis that can trigger actions based on the precautionary principle. Such a doubt, arising from the state of scientific and technical knowledge, the state of the art, at the time when the food and feedstuff was put in the market is the litmus paper for a “sufficiently serious breach” – not based on fault or negligence – for the violation of a duty under EU law to take scientific doubt into consideration during commercial activity.

In the food and feed sector the restriction of producer’s liability ex art art.7 of Directive 85/374/EEC works within the limits and cautions of the compatibility of the prevision of point (e) with the precautionary principle. Outside the food and feed chain this has wider operativeness, but in Reg. 178/2002’s field of application its operativeness is strictly limited, and simply regards the producer, not other parties participating in the food chain.

Measures based on the precautionary principle also assign to private operators the responsibility for producing the scientific evidence necessary for a comprehensive risk evaluation⁴⁹.

In the relationship between the precautionary principle and liability, the first term reinforces the duty of the prevention. A modern understanding of liability - grounded in the relevant presence of prevention – leads to a new form of application of constitutive elements of civil liability, through the assimilation of unknown damage and any serious threat (resulting from scientific studies) of damage. “*Le principe de précaution amorce le passage d’une responsabilité uniquement curative vers une responsabilité également préventive*”⁵⁰. Thus in the hypothesis of a serious threat of damage and casual nexus, invoking circumstance beyond ones control is not possible.

⁴⁸ Communication from the Commission on the precautionary principle [COM/2000/0001].

⁴⁹ Mazzo M., *La responsabilità del produttore agricolo*, [2007], Giuffrè, Milano.

⁵⁰ Boutonnet M., *Le principe de précaution en droit de responsabilité civil.*, [2005], *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, p. 251.

Recourse to the precautionary principle in the field of civil responsibility poses two types of limits. Firstly, it allows for the existence of casual nexus beyond any damage caused by risks only potentially forecasted and scientifically ascertained. And it also allows for the admission of a type of precautionary fault. *“Il ne s’agit plus de réparer un dommage mais un risque. Il faut admettre que la simple création d’un risque est un dommage réparable”*⁵¹.

VII. FINAL REMARKS REGARDING A UNIFORM DEFINITION OF EU TORT LAW AND THE ROLE OF PRIVATE REGULATORS

In the European Union the tendency is to associate regulation with a post-liberalization / privatization control of utilities. In the EU legal system, private and public law can be seen as two distinct regulatory strategies of the European Union and national markets; however those instruments used to correct market failures and guarantee the economic order sought by the EU range across public and private law. The field of regulation has seen the introduction of new regulatory schemes derived from the consolidation of the role of private regulators.

The combination of different regulatory strategies has been employed to simultaneously accomplish the design of an integrated European market and to offer the answers to its failures.

Tort law assumes the effects of externalities suffered by third parties. Tort law may also give *ex post* situational remedies, in cases where one party has been seriously disadvantaged. Instruments of European private law may change the regulatory approach to both markets and products.

The precautionary principle, like other standards concerning product safety, is generated within the civil liability and the regulatory systems. It reinforces a new integrated system of civil liability.

Requiring private persons who exercise control over the food chain to respect the precautionary principle and, if the principle is breached, their non-contractual liability, means assigning the role of protecting general EU interests to a private/civil tool. This is in accordance with the tendency of the Court of Justice to provide an additional interpretation of non-contractual liability in horizontal relationships. Such liability ensures that EU law is fully effective, as in the case of vertical relationships.

Today, the fact that one can trace a trend in the uniform definition of non-contractual liability in EU law reinforces the logic of EU judges that infringements of EU

⁵¹ Pignarre G., *La responsabilité: débat autour d’une polysémie. La responsabilité à l’aube du XXIème siècle, bilan prospectif*. [2001], 6 bis, Resp. civ. et Ass., p. 14 .

rules that aim to conserve its legal system (as carried out by individuals against other individuals) ensure the *effet utile* of EU rights⁵².

The precautionary principle has the same ulterior function as that of remedies to contracts, in contrast with Art. 101 TFEU, another important step on the way to the joint reconstruction of liability Institutions, Member states and private persons, and the definition of EU Tort law.

In accordance with Art. 101, paragraph 1 of the Treaty on the functioning of the European Union (Art. 81 of the EC Treaty regarding the direct conferral of rights on individuals), one can claim for damages caused by actions or contracts which may restrict or distort the competitive process. The full effectiveness of such a disposition — and specifically, the effectiveness of the prohibition established in paragraph 1 — may be jeopardised if the domestic legal system renders, due to the distortion of competition, the exercising of rights conferred by Community law (the principle of effectiveness) either practically impossible or excessively difficult⁵³.

In the *Manfredi* judgements (Court of Justice, (2006), *Manfredi*, C-295-298/04, ECR I-6619), confirming the Court's reading of *Courage v. Crehan*, the Court of Justice pointed out that Art. 101, paragraph 1 of the Treaty on the functioning of the European Union produces direct effects in horizontal relationships, conferring individual rights which national courts must protect. In protecting the economic order of the Community, the nature of Art. 101 of the Treaty on the functioning of the European Union legitimates any attempt to rely on the invalidity of competition-restricting agreements, and therefore to seek remedy for damages suffered, if a causal link can be established between the aforementioned agreements or practices and damages⁵⁴.

The case law of the Court of Justice regarding infringement of Arts. 101, 102 et seq., the Treaty on the functioning of the European Union (arts. 81 and 82 of the EC Treaty), aimed at structuring and safeguarding the EU internal market, often combines claims for damages with those for absolute or relative nullity of competition-restricting contracts⁵⁵. In this situation, the EU legal system assigns to contracts not only the role of self-regulation of those private interests directly involved, but also the function of

⁵² Betlem G., *Torts, A European Ius Commune and the Private Enforcement of Community Law*, [2005], *Cambridge Law Journal*, pp.126, at 141.

⁵³ Court of Justice, *Courage v Crehan*, Case C-453/99, [2001], ECR I-6297.

⁵⁴ Corte di Cassazione, n. 2305, [2007], I, *Foro it.*, c. 1097.

⁵⁵ Cippitani R., *I contratti e le obbligazioni*, A. Palazzo and A. Sassi [eds.], *Diritto privato del mercato*, [2007], University of Perugia_Iseg, Rome_Perugia.

guaranteeing the economic order sought by the EU⁵⁶. For this reason, contractual liability and actions for damages are measures to safeguard the EU economic order⁵⁷.

The liability for infringement of the precautionary principle by private food chain operators has the same ulterior function. Applying the criteria of liability of Institutions and Member States to the infringement of the precautionary principle by private operators results in a harmonisation of the substantive law on product liability, so as to limit the distortions of competition: this is in connection with product liability and the rules that may exempt the producer from liability. This system of liability has also to be analysed in terms of compatibility and accordance with fundamental rights. In an action for infringement of articles 7, 18,19 of Reg. 178/2000, potential applicants may be not only the consumer, but also other parties in the food and feed chain.

The presence of a uniform system (and definition) of liability for private operators regarding infringements of the precautionary principle is the first step on the road to structuring a liability regime in which firms are liable up to the state of the art, while also subject to a “negligence rule” that refers to defects unknown to them⁵⁸.

⁵⁶ Edelman J. and Odudu O, *Compensatory damages for breach of article 81*, .[2002], *Eu Law Rev.*, p. 327 at 339; see also S. Vogenauer, *Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence*, [2013], 21, *European Review of Private Law*, Issue 1, pp. 13–78

⁵⁷ Court of Justice, *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas [Ireland]*, Case C-5/94, [1996], ECR I-2553.

⁵⁸ Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products, p.66.

VII. BIBLIOGRAPHY

A. Mensa González, *El fenómeno de la regionalización*, Ponencia presentada en el IIº Congreso Nacional de Derecho Publico. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. 1999;

Bartolini, A., *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, [2005], Giappichelli, Torino;

Betlem G., *Torts, A European Ius Commune and the Private Enforcement of Community Law*, [2005], *Cambridge Law Journal*, pp.126, at 141;

Boutonnet M., *Le principe de précaution en droit de responsabilité civil*. [2005], *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, p. 251;

Cafaggi, F. and H.M. Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, [2009], Elgar, Cheltenham, Northampton.

Cazeneuve B., *La responsabilité du fait des produits*, [2005], Dunod, Paris.

Cippitani R., *I contratti e le obbligazioni*, A. Palazzo and A. Sassi [eds.], *Diritto privato del mercato*, [2007], University of Perugia_Iseg, Rome_Perugia;

Colcelli V., *Understanding of the built of European Union legal system: The function of individual rights*, [2012], 8, *J. Soc. Sci.*, 2012, pp.381 at 389; see also Basedow J., *The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary*, [2010], 18 *European Review of Private Law*, 3, pp. 443–474;

Collins H., *Regulating Contracts*, [1999] Oxford University Press, Oxford;

-----, *The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: in Search of the Philosopher's Stone.*, (2006), 2, *European Review Of Contract Law*, pp. 213 at 226;

-----., *Why Europe Needs a Civil Code*, [2013], 21, *European Review of Private Law*, 4, pp. 907–922

Edelman J. and Odudu O, *Compensatory damages for breach of article 81*, [2002], *Eu Law Rev.*, p. 327 at 339; see also S. Vogenauer, *Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence*, [2013], 21, *European Review of Private Law*, Issue 1, pp. 13–78;

Forsberg T., *Normative Power Europe, Once Again: A Conceptual Analysis of an. Ideal Type*, [2011], 49, *Journal of Common Market Studies*, 6, pp.1183 at .1204;

Hirschauer N. and Zwoll S. *Understanding and managing behavioural risks: the case of malpractice in poultry production*, [2008], *Eur J Law Econ*, pp.26:27–60;

Hondius, E.H.,. *Towards a European civil code*, [2011], Nijmegen: *Ars Aequi*, pp. 3-25;

Levidow L., *Regulating GM Crops in Europe*, [2001], 31, *Social Studies of Science*, n.6, p. 842 at 874;

Mazzo M., *La responsabilità del produttore agricolo*, [2007], Giuffrè, Milano.

O'Keefe D., *Judicial Protection of the Individual by the European Court of Justice*, [1995], 19, *Fordham International Law Journal*, 3, pp. 901 at 914;

Pignarre G., *La responsabilité: débat autour d'une polysémie. La responsabilité à l'aube du XXIème siècle, bilan prospectif*. [2001], 6 bis, *Resp. civ. et Ass.*, p. 14 ;

Sassi A., *First Verdicts regarding «class action remedy» in Italian Legal System. Reflections*, A. Palazzo and A. Sassi [eds.], *Class action. Una prima lettura*, [2012], University of Perugia_Iseg, Rome_Perugia, pp. 213 at 227.

Series, [2009-2010], 84, Oxford University Press, Oxford;

Szjkowska A., *The impact of the definition of the precautionary principle in EU food law*, [2010], 47, *Common Market Law Review*, pp. 173 at 196;

Van Gerven, V.W., *Non-contractual Liability of Member States, Community Institutions and individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law for Europe*, [1993], *Maastricht Jour. Eur. and Comp. Law*, p.p 9 at 28;

Vandersanden G. and Barav A., *Contentieux communautaire*, [1977], Büssell: «*En une disposition du traité, en un règlement de rang supérieur ou en un principe général du droit, comme par exemple l'interdiction de discrimination, l'égalité devant les charges publiques, le respect de la sécurité juridique, ou le principe de proportionnalité*» ;

Whittaker S., *Liability for Products. English Law, French Law and European Harmonisation*, [2005], Oxford University Press, Oxford.

LAS RELACIONES FAMILIARES EN EL ESPACIO JURIDICO EUROPEO¹

Roberto CIPPITANI^(*)

SUMARIO: I. — Derechos de familia y fuentes regionales. II. — La concepción substancial de las relaciones familiares. A.- Relevancia para el Derecho de la Unión Europea. B.- La familia en la jurisprudencia del Tribunal EDH. C.- La relevancia jurídica de las «personas de referencia». III. — La prohibición de la discriminación. IV. — El Derecho «paidocentrico». V. — De la «potestad» a la «responsabilidad». VI. — La responsabilidad y el fundamento biológico y social en la procreación. VII. — Libre circulación de personas y la libre circulación de los status. VIII. — Libre circulación de los status y legislación nacional.

I. — DERECHOS DE FAMILIA Y FUENTES REGIONALES

En Europa, el Derecho de familia sigue siendo considerado una prerrogativa de la legislación nacional, el campo del derecho privado más sensibles a las tradiciones y a la cultura de un país.

La misma construcción comunitaria y el derecho regional europeo lo demuestran.

De hecho, en la Unión Europea, sólo en el Tratado de Lisboa el Derecho de familia se ha considerado explícitamente como materia, que forma parte de la política de cooperación judicial en materia civil (artículo 81 Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, sucesivamente TFUE).

Pero esto se realiza sólo con respecto a las implicancias transfronterizas de las relaciones familiares y con la previsión de un procedimiento legislativo especial, que requiere la unanimidad en el Consejo y sólo una función consultiva del Parlamento europeo (artículo 81, ap. 3, TFUE que hace la excepción al procedimiento legislativo ordinario).

En base a la competencia en materia de cooperación judicial en materia civil se han adoptado solo un par de fuentes legislativas específicas.

En aplicación concreta de los principios generales establecidos por el Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999, incluso en materia familiar, se han aprobado normas comunes, especialmente el Reglamento no. 2201/2003 de 27 de noviembre 2003 (denominado Bruselas II bis) que regula la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de

¹ Se agradece a la profesora Andrea Mensa González por haber realizado la revisión de este artículo.

^(*) Catedrático *Jean Monnet*, Investigador de Derecho privado, Università degli Studi di Perugia.

(artículo 1): a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

Además, el Reglamento (CE) no. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, establece la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

Asimismo en Europa, el sistema del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (sucesivamente «CEDH») se refiere a la familia sólo en el artículo 8 (que se intitula a la protección de la vida privada y familiar) y en el artículo 12 (Derecho a contraer matrimonio)².

Disposiciones similares se han incluido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en los artículos 7 y 9, que añade la garantía de la protección jurídica, económica y social de la familia (artículo 33) y de la maternidad (artículo 34).

Sin embargo, esas pocas disposiciones europeas sobre la familia, impactan de manera determinante en la regulación jurídica de las relaciones familiares.

En primer lugar porque las fuentes europeas se ocupan de muchas otras materias que tienen una conexión directa o indirecta con el tema de la familia, como los que en tema de trabajo, alimentación, educación, normas penales, vida carcelaria, justicia³.

En segundo lugar por la razón, que el derecho regional europeo no solo se limita a establecer normas uniformes o armonizadas, sino también él es el origen de situaciones jurídicas específicas.

Esto ocurre sea en la Unión Europea, y también en el ámbito del CEDH, donde el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (sucesivamente «Tribunal EDH») es decir, ambos se consideran como garantes de la aplicación de un orden público europeo basado en el reconocimiento de un núcleo de derechos fundamentales lo más uniforme posible ⁴.

El respeto de estos derechos regionales debe ser efectivo, realizado no sólo por abstención, si no también a través medidas positivas, como la adopción de instrumentos jurídicos legislativos, administrativos, judiciales adecuados para su protección.

² Sucesivamente se han adoptado otros instrumentos jurídicos como la Carta Social Europea de 1961 (revisada en 1996) que se refiere a la familia en sus artículos 4 (derecho del trabajador a una remuneración suficiente que le asegure a él y su familia un nivel de vida decoroso), 16 (que define a la familia como célula fundamental de la sociedad, que necesita de una adecuada protección social, jurídica y económica), 19 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia) y 27 (derecho a la conciliación profesional y familiar).

³ S. SANZ CABALLERO, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, 2006, p. 29.

⁴ Tribunal EDH, 23 de marzo de 1995, *Loizidou/Turchia*, en *Riv. int. dir. um.*, 1995, p. 483.

La calificación interna de estos derechos, como ocurre en Italia a través de la noción de «interés legítimo» no puede llevar a una protección menor con respecto a los estándares regionales⁵.

En los párrafos siguientes se van a tratar las normas y los principios de origen europeo en materia de derecho de familia, a continuación: a) la concepción substancial y no formal de las relaciones familiares, b) la prohibición de la discriminación; c) el derecho «paidocentrico»; d) la transición de la potestad a la «responsabilidad»; e) relación entre verdad biológica la responsabilidad en la procreación; f) la libre circulación de las personas y de los status.

Estos principios en algunos casos van cambiando de manera muy importante la concepción tradicional de las relaciones familiares, creando, al mismo tiempo, continuos y nuevos problemas de compatibilidad entre el nivel nacional y el nivel regional⁶.

II. — LA CONCEPCIÓN SUBSTANCIAL DE LAS RELACIONES FAMILIARES

A partir de las reformas legislativas de los años 70 del siglo pasado, en Europa se debilita considerablemente la idea tradicional de que la familia en un sentido legal debe ser considerada como un grupo social bajo la autoridad del *pater familias*, como se pensaba en paralelo con la concepción autoritaria de la organización política del Estado⁷.

Esta concepción sobrevive en los ordenamientos, como en el italiano, en expresiones como «los intereses» o «las necesidades de la familia» (véase el artículo 143 *Codice civile* italiano), que hacen referencia más al grupo, que a la persona.

Aún se encuentran disposiciones que destacan la relevancia para el «orden publico» de las relaciones familiares, como las que establecen la preferencia de las familias basadas en el matrimonio, posiblemente de personas de sexo distinto (cfr. artículo 29 Constitución italiana).

En Italia, por ejemplo, hasta la reciente ley 219/2012, la *Corte costituzionale*, utilizando una interpretación del artículo 74 *Codice civile* conforme a la concepción formal de la familia, argumentaba que los hijos nacido fuera del matrimonio no se consideraran parientes de sus ascendientes⁸.

⁵ Por ejemplo Tribunal de justicia, 9 de julio de 1985, C-179/94, *Bozzetti*, Rec., 1985, p. 2317.

⁶ Sobre las nociones de «derecho regional» y «derecho supranacional», véase ampliamente C. PIZZOLO, *Derecho e integración regional*, Buenos Aires, 2010.

⁷ Cfr. P. RESCIGNO, *Personalità giuridica e gruppi organizzati*, in *Persone e comunità*, Padova, 1988, p. 111.

⁸ *Corte costituzionale*, 23 de noviembre de 2000, n. 532; Id., 12 de mayo de 1977, n. 76; Id., 2 de junio de 1977, n. 99; Id., 4 de julio de 1979, n. 55. Véase. Por una crítica a esta impostación en A. PALAZZO, *La filiazione*, en *Trattato Cicu Messineo*, II ed., Giuffrè, Milano, 2013, p. 564; C.M. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti? La Corte*

Sin embargo, las Constituciones, a través del reconocimiento de los derechos de las personas, han modificado esta concepción.

Se ha eliminado el poder del padre-marido y, no obstante se sigue considerando la familia como grupo, se piensa en ella como el ámbito en el cual se desarrolla la personalidad de los individuos.

Los derechos de las personas se convierten en el principal enfoque de la disciplina jurídica de la familia⁹. En este contexto, común a la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, las fuentes y los jueces supranacionales realizan la función de proteger de la mejor manera posible los derechos individuales, incluso en el ámbito familiar.

Lo que lleva a renunciar a una definición legal de la familia, dejando abierta la posibilidad de la protección de la persona en relaciones familiares varias, no solo las basadas en el matrimonio o en el reconocimiento formal de la filiación.

El artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 8 CEDH se leen desde la perspectiva de reconocer todas aquellas relaciones que protegen a las personas, independientemente de su reconocimiento formal por parte del Estado.

Esta actitud del derecho supranacional europeo depende, como se ha correctamente observado, propiamente de la indeterminación de las fuentes regionales en tema de familia, que ha facilitado el trabajo de los tribunales regionales (especialmente el Tribunal EDH) para aplicar su protección a un elevado número de situaciones¹⁰, adaptándose rápidamente a los cambios de la sociedad¹¹.

Esta concepción substancial de las relaciones familiares se puede observar, sea en el ordenamiento de la Unión Europea, sea en la jurisprudencia del Tribunal EDH.

A) *Relevancia para el Derecho de la Unión Europea*

En el Derecho de la Unión, el concepto de «familia» a los efectos del ejercicio de la libertad de circulación ¹², no sólo se refiere a los descendientes, ascendientes,

costituzionale ha risposto: la discriminazione continua, en *Giust. civ.*, 2001, p. 591 ss.; M. DELLA CASA, *La vocazione a succedere dei parenti naturali tra garanzie costituzionali e normativa codicistica*, en *Famiglia*, 2001, p. 502.

⁹ P. PERLINGERI, *Famiglia e diritti fondamentali della persona*, in *Legalità e giustizia*, 1986, p. 488

¹⁰ V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, *Famille et CEDH*, en *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, 2000, Verlag, pp. 281-307.

¹¹ S. SANZ CABALLERO, *El TEDH y las uniones de hecho*, en *Repertorio Aranzadi*, 2003, n. 8, pp. 14-3; Id., *Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *La ley valenciana de uniones de hecho. Estudios*, Martínez Sospedra, (ed.), RGD, Valencia, 2003, pp. 37-67.

¹² Sobre la noción de «libre circulación», véase C. PIZZOLO, *Libre circulación de personas: alcance y límites*, en M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord.), *Derechos Individuales e Integración regional (Antología)*, ISEG, Perugia-Roma-México, 2013, pp. 205-252.

cónyuge o pareja registrada, según una ley nacional, sino también a «cualquier otro miembro» de la familia o de la pareja estable (artículos 2 y 3 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; cfr. también el artículo 4, párr. 3, la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar) .

La importancia de las relaciones familiares de hecho, es aún más evidente en la jurisprudencia comunitaria.

En el caso de *Carpenter* en 2002, por ejemplo¹³, se reconoce la relevancia de la relación que se establece entre una persona (que no es ciudadano de la Unión Europea) con los hijos del cónyuge (apartado 44)¹⁴.

En otras sentencias, el cuidado de los niños muestra la existencia de relaciones familiares entre los cónyuges divorciados¹⁵.

Las relaciones familiares y, especialmente, las que existen entre padres e hijos son vistos como una dimensión fundamental de la persona y el ejercicio de los derechos vinculados a la ciudadanía de la Unión. En la jurisprudencia del asunto *Zambrano*¹⁶, el Tribunal de Justicia afirma que no se puede rechazar el derecho de residencia al padre, procedente de un tercer país, de un niño ciudadano de la Unión.

De lo contrario, se privaría al niño, del « goce real y efectivo de los derechos conferidos por [su] estatus» como ciudadano de la Unión (apartado 42), obligándolo a seguir el padre fuera del territorio comunitario.

Este principio de la jurisprudencia *Zambrano* se ha aplicado también a la esposa del padre del ciudadano comunitario, cuando en realidad ambos cónyuges sean nacionales de Países terceros¹⁷. Incluso en esta situación, las relaciones familiares relevantes para el derecho son los establecidos *de facto* entre el cónyuge del padre y el hijo, y los entre dicho hijo y sus hermanastros.

B) *La familia en la jurisprudencia del Tribunal EDH*

¹³ Tribunal de Justicia, 11 de julio de 2002, C-60/00, *Carpenter/Secretary of State for the Home Department*, Rec. 2002 p. I-6279.

¹⁴ Pese que el Abogado general Christine Stix-Hackl en su osbervaciones (presentadas el 13 de septiembre de 2001, apartado 104) no hubiese encontrado algunas referencia explícita al cuidado de los hijos en la legislación comunitaria.

¹⁵ Cfr. Tribunal de Justicia, 22 de junio de 2000, C-65/98, *Safet Eyüp*, Rec. 2000, p. I-4747; Id. 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R.*, C-413/99, Rec. 2002 p. I-7091, que se refiere al Reglamento del Consejo 1612/68 (artículo 12 y 18).

¹⁶ Tribunal de Justicia 8 de marzo de 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Rec. 2011 p. I-1177.

¹⁷ Tribunal de Justicia 6 de diciembre de 2012, C-356/11 e C-357/11, *O. e S.*, todavía no publicada.

Por otra parte, el Tribunal EDH afirma que la protección de la vida familiar (en el sentido del artículo 8 CEDH) depende de la existencia de lazos familiares *de facto* y que la noción de familia no se debe limitar a las relaciones basadas en el matrimonio¹⁸.

Por lo tanto se consideran como familia: la madre soltera y su hijo¹⁹; una pareja estable²⁰; una unión de hecho con o sin hijos²¹; un pareja con hijos concebidos de forma no natural y, obviamente, con hijos adoptados²².

Además, el Tribunal de Estrasburgo opina que para contraer matrimonio no constituye una condición esencial ni la capacidad física para procrear, ni tampoco la posibilidad de mantener relaciones sexuales.²³

El contenido de las relaciones familiares, la afectividad, tiene que ser protegida por los Estados como se observa, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal EDH sobre la custodia de los menores y la adopción.

Esa medidas, de un lado tienen que salvaguardar, por lo que sea posible, las relaciones entre el niño y la familia de origen.

De hecho, en la sentencia Scozzari y Giunta c. Italia de 13 de julio de 2000, se ha considerado ilegítima la falta de vigilancia por parte de la corte competente y de los servicios sociales, después la atribución de la custodia a otra familia, que han impedido el acercamiento entre padres e hijos y la superación de las dificultades en el origen de la medida.

Análogamente, en el asunto Clemeno (Clemeno c. Italia de 21 de octubre de 2008) Italia ha sido condenada porque permitió perder el contacto entre la familia biológica y el niño dado en custodia extra familiar en forma urgente (y luego declarada adoptable) en base a un supuesto abuso sexual por parte del padre, que más tarde resultó una acusación infundada.

De otro lado, en la decisiones que se refieren al niño deben tomarse en consideración los lazos afectivos que se han establecidos con la familia que se ocupa de la custodia.

¹⁸ Tribunal EDH, 27 de abril 2010, Moretti e Benedetti c. Italia, Ricorso n. 16318/07, § 44; v., entre los demás, Johnston e altri c. Irlanda, 18 de diciembre 1986, serie A n. 112, p. 25, § 55; Keegan c. Irlanda, 26 de mayo de 1994, serie A n. 290, p. 17, § 44; Kroon y otros c. Países Bajos, 27 de octubre de 1994, serie A n. 297 C, pp. 55 sigs., § 30, e X, Y e Z c. Regno Unito, 22 aprile 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997 II, p. 629, § 36

¹⁹ Tribunal CEDH, *Marckx / Bélgica*, en *E. Ct. H. R.*, 13 de junio de 1979.

²⁰ LEVINET, *La Revendication Transsexuelle et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, en *Revue Trimestrielle Des Droits De L'homme*, 1999, pp. 637-672 y p. 648.

²¹ Tribunal CEDH, *Saucedo Gómez/ España*, en *E. Ct. H. R.*, n.37784/97, 8 de julio de 1998.

²² Tribunal CEDH, *Rieme / Suecia*, en *E. Ct. H. R.*, 22 de abril de 1992, Serie A, n. 226-B.

²³ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 1 de marzo de 1979 al asunto *Van Oosterwijck*, cit, párrafo 59.

En su sentencia en el asunto Moretti y Benedetti²⁴, el Tribunal EDH ha condenado a Italia por no haber considerado relevante, para el fin de la adopción, el hecho de la prolongada custodia de un niño por parte de una nueva familia.

Sobre la base de la concepción substancial de las relaciones familiares, como se ha mencionado, a nivel regional se considera que el derecho al respeto de la vida privada y familiar es inclusivo, no sólo de la relación de los padres con el hijo, sino también las relaciones con los parientes, como las entre abuelos y nietos²⁵.

C) *La relevancia jurídica de las «personas de referencia».*

La relevancia de las relaciones de hecho lleva a algunos ordenamientos jurídicos a reconocer los efectos legales de la presencia de otras personas que tienen relaciones con el niño.

Un papel de hecho muy importante en la vida del menor es llevado por diferentes personas, como los cónyuges o parejas de los padres.

En ordenamientos jurídicos como el italiano, todavía basado en la concepción formal de las relaciones familiares, dicho papel de los terceros prácticamente no existe.

Nada se dice acerca de la participación en el cuidado del niño por parte del cónyuge o pareja del padre.

Sin embargo la cuestión comienza a surgir en la jurisprudencia italiana, que afirma que los padres divorciados pueden involucrar a su hijo en la convivencia con una pareja nueva²⁶.

En el derecho supranacional y en otros ordenamientos europeo se toma en consideración el tema en términos de derecho del niño a mantener relaciones con personas que no sean miembros de la familia.

Sobre el primer punto, en otros países europeo, se puede encontrar el derecho del niño a asistir a «personas de referencia» (*Bezugspersonen*), utilizando la expresión del § 1685 del BGB.

En el Reino Unido, el Children Act de 1989 dispone que el tribunal puede emitir una *contact order* para imponer a los padres que permitan la visita y la asistencia de su hijo a personas como (véase el artículo 10): el cónyuge u otra pareja del otro padre; cada persona que ha vivido con el niño por lo menos durante tres años; cada

²⁴ Tribunal EDH, 27 de abril 2010, Moretti e Benedetti c. Italia, cit.

²⁵ Tribunal EDH, 13 de junio de 1974, Marckx c. Belgio, cit.; Id. 9 de junio de 1998, Bronda c. Italia, n. 22430/93, Rec. 1998-IV, § 51.

²⁶ Trib. Milano, 23 marzo 2013, en ilcaso.it.

familiar que ha vivido al menos un año con el niño, y en general cualquier persona identificada por tribunal para satisfacer el interés del niño²⁷.

En el derecho francés, el segundo apartado del artículo 371-4 del *Code Civil* establece que «*Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non*»²⁸.

III. — LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN.

El Parlamento Europeo, desde 1994, y luego con otras intervenciones (entre otras vid. las Resoluciones 8 de febrero 1994, la de 16 de marzo de 2000, la de 14 julio de 2001 y la 4 de septiembre de 2003), va pidiendo a los Países miembros reconozcan y proteger a las familias monoparentales, las extendidas y recompuestas, y las uniones con personas de mismo sexo.

La Recomendación CM /Rec (2010) 5 del Comité de Ministros de los Estados miembros de la CEDH, aprobadas el 31 de marzo de 2010, establece en el párrafo 27 «*Taking into account that the child's best interests should be the primary consideration in decisions regarding adoption of a child, member states whose national legislation permits single individuals to adopt children should ensure that the law is applied without discrimination based on sexual orientation or gender identity*».

Por el momento las fuentes de la Unión Europea y del sistema CEDH, así como la jurisprudencia de los Tribunales regionales no obligan los Estados miembros a aprobar legislaciones que prevean la adopción por parejas del mismo sexo.

Pero los Tribunales europeos, por un lado consideran las parejas del mismo sexo y los niños adoptados o nacidos por reproducción totalmente incluidos en el concepto de familia ²⁹.

Por otro lado, en el derecho supranacional se prohíbe la discriminación entre las parejas heterosexuales y las del mismo sexo³⁰.

De hecho, incluso en este ámbito, el Tribunal EDH no admite la discriminación basada en la orientación sexual, lo que va más allá del margen de apreciación reconocido normalmente al Estado ³¹.

²⁷ Según el artículo 8, párrafo 1, el *contact order* se define como «*an order requiring the person with whom a child lives, or is to live, to allow the child to visit or stay with the person named in the order, or for that person and the child otherwise to have contact with each other*».

²⁸ Sobre el papel del «padre tercero» en el Derecho francés, v. M.G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e «terzo genitore»: le esperienze francese e italiana*, en *Famiglia e Diritto*, 2012, 2, 201.

²⁹ V. Tribunal EDH, 31 de agosto de 2010, Gas and Dubois c. Francia, no. 25951/07.

³⁰ V. la sentencia de la Gran Sala, X e al. c. Austria, Ricorso n. 19010/07, 19 de febrero de 2013; el mismo principio, pero utilizado para excluir que haya una discriminación: Gas y Dubois c. Francia (n. 25951/07, 15 de marzo de 2012).

Aunque en otras áreas, también el Tribunal de Justicia considera ilegítima la discriminación contra parejas del mismo sexo, si la legislación nacional equipara esas a ciertos efectos con las parejas heterosexuales (como en el caso de las uniones registradas)³².

El enfoque comunitario sobre el tema de la discriminación por orientación sexual ha conocido una importante evolución en los últimos años³³.

De la época en la cual se consideraba esta como una cuestión relativa a los derechos humanos³⁴, pero fuera de la competencia comunitaria, se ha llegado hasta a la situación actual en donde la prohibición de la discriminación se considera como un principio de Derecho de la Unión Europea, como ha establecido el Tratado de Ámsterdam y el derecho derivado³⁵.

En la jurisprudencia comunitaria (véase más adelante), se piensa que una norma nacional en tema de status no puede ser invocada por cualquier discriminación directa o indirecta.

Esto a pesar de que la norma interna está dirigida a la protección constitucional de la familia fundada en el matrimonio³⁶.

Lo que, por ejemplo, permite plantear algunas dudas sobre la legitimidad en el marco europeo de la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* italiana (véase la sentencia 138/2010) que incluso recientemente considera legítimo regular de manera diferente las uniones homosexuales y el matrimonio heterosexual.

Además, la relevancia substancial de las relaciones familiares hace que las reglas supranacionales no distinguen entre la familia «legítima» e «ilegítima».

Eso, en primer lugar, por que no se puede discriminar a una persona con respecto a las condiciones de su nacimiento, según el artículo 14 CEDH. A tal

³¹ Véase las sentencias del Tribunal EDH, E.B. c. Francia ([GC], n. 43546/02, 22 de enero de 2008; Kozak c. Polonia, n. 13102/02, 2 de marzo de 2010; Karner c. Austria (n. 40016/98, CEDU 2003-IX).

³² Tribunal de Justicia, 1 de abril de 2008, C-267/06, Maruko, Rec. 2008, p. I-1757.

³³ Véase el amplio análisis llevada a cabo por el Abogado general Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en sus conclusiones presentas el 6 de septiembre de 2007 en el precitada asunto Maruko. Véase por lo que se refiera a la situación italiana, M. SEGNI, *La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, en *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 4, 252.

³⁴ Tribunal de Justicia, 17 de febrero de 1998, C-249/96, Grant / South-West Trains, Rec. 1998 p. I-621. Sin embargo el Tribunal pensaba entonces que las parejas heterosexuales y las homosexuales no se hubieran podido poner sobre el mismo plan (apartado 35).

³⁵ Véase Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

³⁶ Véase las argumentaciones del Abogado general Niilo Jääskinen presentadas el 15 de julio de 2010, en el asunto C-147/08, Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg, apartado 170 ss., que se refiere al artículo 6 de la Ley fundamental alemana.

propósito la sentencia *Marckx c. Bélgica* (véase en particular el párrafo 31)³⁷, había considerado ilegítima una ley belga que no reconocía como sucesores de los familiares de los padres, el niño nacido fuera del matrimonio³⁸.

En segundo lugar, porque, independientemente de la calificación formal de las relaciones, vale el principio por el cual se deben tomar en consideración los lazos familiar, a protección de la persona y especialmente del menor, incluso las relaciones *de facto* (véase también la definición de «lazo familiar» del artículo 2, letra d) del Convenio del Consejo de Europa relativo al derecho de visita a menores, firmado en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003).

IV. — EL DERECHO «PAIDOCENTRICO».

La concepción substancial de las relaciones familiares nos lleva a poner en el centro del ordenamiento jurídico a la persona que más necesita de la protección y de la relación afectiva.

Según el juez comunitario³⁹, la obligación del Estado de respetar la vida personal y familiar debe ser construida en torno a la protección del interés del niño, que se convierte en el centro del sistema jurídico (de conformidad con el artículo 24, párr. 2, de la Carta de los Derechos fundamentales).

La normativa comunitaria y nacional debe ser interpretada a la luz de este interés (véase el trigésimo «considerando» del Reglamento 2201/2003).

El «interés superior del niño» es el concepto clave de los instrumentos internacionales que los cuales se refieren a los niños (véase la Convención sobre los Derechos de los Niños de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños (Estrasburgo, 25 de enero de 1996))⁴⁰.

³⁷ Cfr. Tribunal EDH, 13 de junio de 1979, *Markx c. Belgio*; Id. 29 de noviembre de 1991, *Vermeire c. Belgio*, serie A, n. 214-C; Id. 18 de diciembre de 1986, *Johnston et. al.*, Irlanda, serie A, n. 112; Id. 28 de octubre de 1987, *Inze c. Austria*, serie A, n. 126.

³⁸ En Italia, sólo recientemente la ley 219/2012, realiza el cambio radical que la ley 151/1975 había empezado, en aplicación de la Constitución, eliminando la categoría de «hijos ilegítimos», pero introduciendo la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y las que mantienen la prohibición de reconocer niños «incestuosa ». Esta situación era incompatible con los principios de la supranacional antes mencionado.

³⁹ Tribunal de Justicia, 27 de junio de 2006, C-540/03, *Parlamento/Consejo*, Rec. 2006, p. I-5769, apartado 58

⁴⁰ Sobre el interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, véase en particular Tribunal EDH, *Neulinger e Shuruk c. Suiza* de 6 de julio de 2010, párrafos 49-64.

El interés de los niños es siempre prevalente sobre otros intereses, tales como, por ejemplo, los relativos a las políticas públicas en materia de migración⁴¹ .

La legislación europea supranacional no se limita a establecer una protección paternalista del niño, en cuanto persona vulnerable.

De hecho, se establece el derecho de los niños a « la protección ya los cuidados necesarios para su bienestar» (artículo 24, párrafo 1, Carta de los Derechos Fundamentales), así como los derechos (tales como los establecidos por el Convenio sobre los Derechos de los Niños), como al nombre, a la nacionalidad, a la familia, a la comida, a la salud, el hogar, el juego, la educación, la comprensión, la tolerancia, la paz, la solidaridad, la protección contra el abandono, la crueldad, la explotación y la discriminación, el derecho a una «vida plena» del niño con discapacidades .

Además se establece solemnemente que «En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.» (artículo 24, párrafo 2, Carta del los Derechos Fundamentales).

Sin embargo, las fuentes jurídicas europeas reconocen nuevos derechos a los niños, que no están tan evidentes en las constituciones nacionales.

Para resumir esta actitud del ordenamiento jurídico, en especial el supranacional europeo, a tener un enfoque privilegiado en el niño, Palazzo, usando una expresión de Carbonnier, habla de «Derecho paidocentrico »⁴².

El mismo autor define una «revolución copernicana» el cambio de eje del ordenamiento jurídico hasta el hijo.

En los últimos años se ha producido, además, un auténtico «giro relativista », en las palabras de Palazzo, debido a la diferente situación del niño en la relación jurídica de la filiación, de destinatario de la atención paternalista hacia el actor principal, titular de situaciones constitucionales y legales supranacionales, como la libertad de expresar su propia opinión y el derecho a ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afectan .

Incluso este cambio ha sido propiciado por las normas del derecho internacional o supranacional.

Especialmente se reconoce la libertad de pensamiento (artículo 24, párrafo 1, Carta de los Derechos Fundamentales), el derecho a la movilidad (véase, por ejemplo el artículo 165 Tratado FUE), el derecho « a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a

⁴¹ Véase las conclusiones del Avocado general Eleanor Sharpston de 30 de septiembre de 2010, en el asunto C-34/09, Ruiz Zambrano, párrafo 61.

⁴² A. PALAZZO, *La filiazione*, en Trattato Cicu Messineo, Milano, 2013, p. 533; Id., *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, en A. PALAZZO, A. PIERETTI (coord.), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Roma-Perugia, 2011, p. 71 ss.

sus intereses» (artículo 24, párrafo 3, Carta de los Derechos Fundamentales)⁴³. Un derecho que hace hincapié en la protección individual del niño, pero dentro de la familia.

Especialmente importante ejemplo de esta nueva concepción es el derecho del menor a ser escuchado, que está formalizado en la Carta de los Derechos Fundamentales (artículo 24, párr. 1) y en el derecho derivado, como es el caso del artículo 23 del Reglamento n 2201/2003 (véase, en particular , de los artículos 11, párr. 2 , art. 23 , letra. b), art . 41 par. 2) .

El derecho a ser escuchado es un poco el prototipo de los derechos inviolables del niño y, como tal, siempre debe ser cumplido, en cualquier momento y procedimiento. Con la consecuencia de la declaración de nulidad de dicho proceso ⁴⁴, en caso de incumplimiento, como afirma por ejemplo la reciente jurisprudencia italiana ⁴⁵.

V. — DE LA «POTESTAD» A LA «RESPONSABILIDAD».

En el derecho supranacional europeo, la concepción substancial y paidocéntrica de las relaciones familiares requiere una visión diferente especialmente de la filiación.

De acuerdo con la teoría tradicional, esta relación se caracteriza por ser la base de una posición jurídica en beneficio de los padres, la potestad, concebidas como un «complejo de poderes»⁴⁶, que el derecho reconoce como un oficio privado en el interés de los niños⁴⁷. Ellos representan los sujetos pasivos de la relación y son titulares no de derechos, si no de una situación de sujeción a los padres⁴⁸.

Esta concepción es incompatible con el sistema actual paidocéntrico que protege siempre los derechos de los niños y que, sobre todo, establece obligaciones de los padres, el incumplimiento de los cuales surgen consecuencias incluso de tipo penal.

Tanto el Reglamento de la UE 2201/2003, tanto en el Convenio de 1996 de La Haya (competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños), en

⁴³ Véase, en el mismo sentido, Tribunal de Justicia, 23 de diciembre de 2009, C-403/09 PPU, *Detiček*, Rec. pag. I-12193, puntos 58-59.

⁴⁴ A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i «figli» hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, en *Famiglia e Diritto*, 2013, 3, 263.

⁴⁵ Tribunal de Varese, 24 de enero de 2013, en *Corriere del Merito*, 2013, 6, 619 nota de PAPPARO.

⁴⁶ A. BELVEDERE, *Potestà dei genitori*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990, pp. 1-2.

⁴⁷ F. SANTORO-PASSARELLI, *Poteri e responsabilità patrimoniali dei coniugi per i bisogni della famiglia*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 8 s.

⁴⁸ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1987, p. 73.

referencia al conjunto de situaciones jurídicas subjetivas entre padres e hijos abandonan el término tradicional «potestad», también si muy difundida en todos los ordenamientos europeos, y lo reemplazan con «responsabilidad parental».

La responsabilidad es más bien un conjunto de situaciones jurídicas que protegen a el «intereses superior del niño» (cfr. el «considerando» 12, Reglamento 2201/2003, v. Preámbulo y otras disposiciones de la Convención de La Haya).

Además, la definición misma de «responsabilidad parental» en realidad es tan amplia como para incluir a todos los que puedan asistir al cuidado del niño⁴⁹.

La noción utilizada en el Reglamento 2201/2003 de «responsabilidad parental» incluye «los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita » (artículo 2 , n . 7) .

En este conjunto de obligaciones de los padres y, en todo caso, los que son responsables de la protección, se oponen derechos del menor de nivel constitucional supranacional, como se ha visto en el párrafo anterior.

En base a la idea substancial de la filiación, se establece que la legislación nacional debería prever los instrumentos legislativos y administrativos para la protección de los niños no sólo a través de la responsabilidad de los padres o de tutores, sino toda personas que tienen una relación privilegiada con el niño (cfr. artículo 3, párr. 2 , de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989) .

Algunas legislaciones nacionales han desarrollado esta idea de responsabilidad extendida a las personas de referencia.

El *Children Act* ingles de 1989 define el concepto de « *step-parent*», que es el cónyuge o pareja de hecho de los padres. A favor de dichas personas se establece una *Acquisition of parental responsibility by step-parent*, en base al acuerdo de los padres o por orden del juez (véase el artículo 4) .

En Francia, en 2009 se presentó un *Avant projet de loi sur l'autorité parentale et le droits de tiers*. La propuesta de ley, entre otras cosas, tenía el objetivo de reconocer a una persona distinta de los padres la posibilidad de realizar «*actes usuales*», tales como los relacionados con la salud del niño (por ejemplo el cuidado ordinario como las vacunas, el cuidado dental y lesiones menores); la solicitud de documentos administrativos; la relación con las escuelas.

De todos modos, más allá de este proyecto, que por ahora no ha tenido mucha suerte sobre todo por razones ideológicas, hay que tener en cuenta que en el derecho francés existen otras herramientas para involucrar formalmente a terceros en el

⁴⁹ Lo que es evidente en las elaboraciones de los estudiosos en materiam como los «*Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities* », elaborati dalla *Commission on European Family Law* (in *ceflonline.net*), que, en el artículo 3.9 establecen que «*Parental responsibilities may in whole or in part also be attributed to a person other than a parent*».

cuidado del niño, como *delegation de l'autorité parentale* (véase el artículo 377 *Code Civil*), según el cual «*Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance* ».

VI. — LA RESPONSABILIDAD Y EL FUNDAMENTO BIOLÓGICO Y SOCIAL EN LA PROCREACIÓN

En virtud del interés del menor se redibuja la dicotomía clásica entre *favor legitimitatis* y *favor veritatis* en la constitución de la relación padre-hijo.

En la legislación europea supranacional se destaca el papel de la relación biológica entre padres e hijos.

El artículo 2 del Convenio de Estrasburgo de 1975 (Convenio Europeo sobre la situación jurídica de los niños nacidos fuera del matrimonio), establece que el descenso de la madre de cada niño nacido fuera del matrimonio se establece por el solo hecho del nacimiento del niño.

Además, la pluricitada jurisprudencia Merckx ha establecido que las leyes nacionales, que hacen depender de un acto de reconocimiento la creación del vínculo jurídico de filiación entre la madre y el hijo, violan el artículo 8 n. 1 de la CEDH y el artículo 14 del mismo Convenio, que prohíbe la discriminación por razón de nacimiento.

Para los padres no conyugados no se considera que la responsabilidad parental opera de forma automática, sino que depende del reconocimiento o por decisión judicial. Sin embargo, el derecho al reconocimiento no debe ser restringido por el Estado⁵⁰.

El Tribunal EDH afirma que el respeto de la vida familiar, en su concepción substancial, comporta en todo caso, la prevalencia de la filiación en un sentido biológico o social, sobre cualquier forma de presunción ⁵¹.

En base a la obligación positiva del Estado de garantizar la protección de la vida familiar en el sentido afectivo, en el asunto Chavdarov c. Bulgaria, decidido el 21 de diciembre de 2010, el Tribunal reconoce el derecho de los padres biológicos para formar una familia con niños, aunque sea posible impugnar la supuesta paternidad de

⁵⁰ Sobre el tema están de acuerdo ambos los Tribunales Europeos: véase Tribunal EDH, Guichard c. Francia, 2 de septiembre 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-X; v. también la sentencia en el asunto Balbontin c. Regno Unito del 14 de septiembre 1999, n. 39067/97); con respecto al Tribunal de Justicia, véase la sentencia 5 de octubre de 2010, C-400/10 PPU, MCB, Rec. 2010, p. I-8965.

⁵¹ Tribunal EDH, 27 de octubre de 1994, Kroon et al. c. Paesi Bassi, § 31, serie A no 297-C.

otro hombre. Esto siempre que la familia se constituye, de manera substancial, con el establecimiento de relaciones afectivas y la cohabitación.

Este principio también puede verse del punto de vista negativo. La separación entre los padres biológicos y el niño, en el caso de custodia por ejemplo, conduce a la debilitación de la estrecha unión que es la base de la concepción substancial de familia⁵².

En todos los casos en que la relación biológica no se convirtió en una relación padre-hijo, la jurisprudencia europea pide que se reconozca por lo menos el derecho a conocer sus orígenes, que debe ser bien equilibrado con el derecho al anonimato de quien procrea.

En base a dicho principio, por ejemplo, el juez de Estrasburgo condenó a Italia (véase el caso *Godelli c. Italia*, sentencia de 25 de septiembre de 2012) por la violación del artículo 8 CEDH en relación a la disciplina de «parto anónimo» (véase la ley 184/1993).

De hecho la normatividad italiana establece el derecho de la madre para que no se mencione en el acta de nacimiento, sin alguna posibilidad para el hijo para acceder a la información sobre la madre biológica, incluso en el caso ella no se identifica, ni tampoco para la madre biológica de cambiar la elección del anonimato.

El Tribunal EDH en la sentencia *Odièvre c. Francia* de 2003⁵³ recuerda que el artículo 8 protege el derecho a la identidad y al desarrollo personal, para establecer y profundizar las relaciones con los demás seres humanos y el mundo exterior. En el asunto *Godelli* se precisa que para al ejercicio del derecho al desarrollo personal contribuye el conocimiento detalles relativos a su identidad como ser humano y el de sus padres⁵⁴.

Las circunstancias del nacimiento pertenecen a la vida privada del niño, y luego del adulto.

Para el Tribunal EDH, entonces, Italia no ha llevado a cabo una ponderación de los intereses en juego, sobre todo los del niño a conocer sus orígenes, ni siquiera para proteger su salud, y el derecho al anonimato de la madre.

En cambio, en el asunto precitado *Odièvre* se considera conforme con el artículo 8 CEDH la análoga disciplina francesa del parto anónimo, pero prevé la conservación las informaciones genéticas no identificativas de la madre biológica, así como establece la posibilidad de eliminar el anonimato con el acuerdo de la madre⁵⁵.

⁵² Cfr. Tribunal EDH, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*, n. 31679/96, § 102, CEDU 2000 I; *Id. Maire c. Portugal*, n. 48206/99, § 74, CEDU 2003-VI; *Id. Pini et al. c. Romania*, nn. 78028/01 e 78030/01, párrafo 148, CEDU 2004-V.

⁵³ Cfr. Tribunal EDH, 13 de febrero de 2003, recurso n. 42326/1998, *affaire Odièvre c. France*. Per un commento alla sentenza della Corte di Strasburgo v. J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, pp. 283-311.

⁵⁴ Tribunal EDH, *Mikulić c. Croacia*, n. 53176/99, § 53, CEDU 2002 I, párrafo 54 y 64.

⁵⁵ Cfr. también Tribunal EDH, 10 de enero de 2008, *Kearns c. Francia*, n. 35991/04.

El derecho supranacional está a la vanguardia en el reconocimiento de los efectos jurídicos de las tecnologías de reproducción, debido principalmente a la determinación de la filiación .

En estos casos, debido al principio de la responsabilidad parental, la relación biológica está siendo superada por la dimensión social y emocional de la filiación.

VII. — LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS STATUS.

El status de ciudadano de la Unión Europea incluye situaciones jurídicas subjetivas proporcionadas directamente por el Derecho comunitario, en particular la libre circulación ⁵⁶.

La jurisprudencia precitada enseña que la libertad de movimiento requiere que se eliminen todos los obstáculos previstos por diferencias normativas entre un Estado europeo y otro. No se trata, como en el derecho internacional privado, de establecer criterios para elegir cual ley aplicar, desde el punto de vista de un ordenamiento nacional.

En cambio el Derecho comunitario identifica un status jurídico propio y las conectadas situaciones jurídicas subjetivas, a los cuales las leyes nacionales deben cumplir necesariamente⁵⁷.

Según el Tribunal de Justicia, dicho estatus « permite a quienes se encuentran en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado CE, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico»⁵⁸.

⁵⁶ Véase R. CIPPITANI, *Libre circulación de las personas*, en M. I. ALVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ISEG, Roma-Perugia-México, 2013.

⁵⁷ V. COLCELLI, *Situaciones legales subjetivas otorgadas por la Unión Europea*, en M. I. ALVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

⁵⁸ Tribunal de Justicia, 2 de octubre de 2003, C-148/02, Garcia Avello Rac. 2003 p. I-11613, apartado 23; y también entre otras, Tribunal de Justicia, 20 de septiembre de 2001, C-184/99, Grzelczyk, Rec. p. I-6193, apartado 31; Id. 11 de julio de 2002, C-224/98, D'Hoop, Rec. 2002 p. I-6191, apartado 28.

Aunque, en principio, la disciplina de los status familiares es una competencia nacional, la legislación interna no puede ser invocada para no aplicar disposiciones comunitarias o principios como lo de no discriminación⁵⁹.

Como afirma el Tribunal de Justicia, el Derecho comunitario garantiza el respeto a la vida familiar de los ciudadanos comunitarios, con el fin de eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales reconocidos por los Tratados⁶⁰. La posibilidad de mantener las relaciones familiares se considera un requisito previo para el goce efectivo de la libertad de circulación de las personas ⁶¹.

En esta perspectiva, los derechos y los estatus válidamente formados en uno de los Estados miembros no pueden ser desconocidos o debilitados en otro País de la Unión, ya que ello constituiría un obstáculo a la libertad de movimiento, y por lo tanto un obstáculo para el ejercicio efectivo de la ciudadanía comunitaria.

Las normas comunitarias sobre la libre circulación y la reagrupación familiar se refieren en primer lugar a las calificaciones previstas en las leyes nacionales (descendiente, ascendente, cónyuge, pareja, pareja de hecho, otros miembros de la familia), que operan en los Estados miembros con respecto a los que surgieron.

En la noción de «unión registrada» de la Directiva 2004/38/CE se pueden incluir sea las uniones de las parejas heterosexuales, sea las uniones entre personas del mismo sexo, si la ley nacional lo prevé, como lo que ocurre en el caso de España, por ejemplo, o de Portugal, de Bélgica y de Holanda .

En los programas de movilidad transnacional de los investigadores en la Unión Europea (así llamados «*Marie Curie*»), el sueldo del investigador de situaciones como el matrimonio o incluso «*relationship with equivalent status to a marriage recognised by the national legislation of the country of the host organisation or of the nationality of the researcher*» y de acuerdo con la presencia de «*dependent children who are actually being maintained by the researcher*» (Work Programme People, 2013, C(2012)4561 del 9 julio 2012)). Esta disposición debe aplicarse de conformidad con la legislación de la nacionalidad del investigador y no del ente en el cual trabaja. Si por ejemplo el investigador forma parte de una unión registrada por un País comunitario, incluso en el caso de una pareja del mismo sexo, y trabaja en Italia (un País que no reconoce las uniones distintas del matrimonio heterosexual, ni tampoco la fecundación heteróloga), el ente italiano deberá reconocer su estatus de marido, pareja registrada o padre, previsto el ordenamiento de origen.

Los Estados no pueden oponer obstáculos a la aplicación del estatus establecido por otro ordenamiento comunitario, como la reciprocidad (artículo 16 disposiciones preliminares al Codice Civile) o el «orden público» (véase siempre en Italia el artículo

⁵⁹ Cfr. las conclusiones del Abogado general Niilo Jääskinen de 15 de julio de 2010, en el asunto C-147/08, Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg, apartado 69 sigs.

⁶⁰ Tribunal de Justicia, 14 de abril de 2005, C-157/03, Comisión/España, Rec. 2005, p. I-2911, apartado 26.

⁶¹ Cfr. Tribunal de Justicia, 3 de julio de 1974, *Casagrande / Landeshauptstadt München*, 9/74, Rec. 1974, p. 773.

16 de la Ley 218/1995 que se refiere a la Reforma del sistema italiano de derecho internacional privado) .

O más bien, el Derecho comunitario se reconoce la posibilidad de que un Estado miembro pueda oponer limitaciones de «orden público» a la libre circulación de la personas (artículo 27, párr. 2, Directiva 2004/38/CE) y por lo tanto también de su estatus subjetivos. Pero la referencia a dichos límites del orden público « requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad »⁶².

La jurisprudencia comunitaria no considera como justificaciones validas las que se refieren a una disciplina nacional relativa a la formación del apellido de un hijo⁶³, aunque se considera como una cuestión relativa al estatuto personal y por lo tanto en principio de competencia nacional⁶⁴ .

En el asunto K.B⁶⁵ se declara como ilegítima la legislación nacional que impide a un transexual casarse, por el hecho que en este caso la ley no permitiría a la persona recibir la pensión de viudez⁶⁶.

Del mismo modo, se identifica como la discriminación en el caso, donde si bien existe la posibilidad de que las uniones registradas entre personas del mismo sexo, lo mismo no se casan y por lo tanto los derechos de acceso como los relativos a las pensiones (véanse las conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz -Jarabo Colomer en el asunto Maruko) .

VIII. — LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS STATUS Y LEGISLACIÓN NACIONAL

La aplicación del derecho a la libre circulación de las personas y de los status familiares produce muchas situaciones de tensión entre la reglamentación de los Países europeos.

⁶² Tribunal de Justicia 4, de octubre de 2012, C-249/11, Hristo Byankov/ Glaven sekretar na Ministerstvo na vatreshnite raboti, apartado 40, todavía no publicada; cfr. también Tribunal de Justicia 10 de julio de 2008, C-33/07, *Jipa*, Rec. 2008 p. I-5157, apartado 23; Id., 17 de noviembre de 2011, C-430/10, Gaydarov, apartado 33, todavía no publicada. Sobre las limitaciones a la libre circulación véase especialmente C. PIZZOLO, *Libre Circulación de Personas: Alcance y Límites*, en M. I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

⁶³ Tribunal de Justicia, 14 de octubre de 2008, C-353/06, *Grunkin y Paul*, Rec. 2008, p. I-7639, p. 38. En Tribunal de Justicia 22 de diciembre de 2010, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien*, Rec. 2010 p. I-13693, se considera justificada por razones de orden público el desconocimiento de un título aristocrático de otro Estado miembro (puntos 93-95).

⁶⁴ El apellido se refiere a el status de las personas, según el Abogado general Eleanor Sharpston en las conclusiones del 24 de abril de 2008, en el asunto C-353/06, *Grunkin y Paul*, apartado 93.

⁶⁵ Tribunal de Justicia, 7 de enero de 2004, C-117/01, *K.B.*, Rec. 2004 p. I-541.

⁶⁶ Véase las argumentaciones del Abogado general D. Ruiz-Jarabo Colomer en las conclusiones del 10 de junio de 2003 en el asunto K.B.

Esta tensión es bastante evidente en Estados como Italia que tienen una legislación muy restrictiva y cerrada en materia familiar.

A continuación unos casos donde se verifica esta situación de incompatibilidad.

i) El Derecho italiano, y especialmente la ley n. 40/2004, sobre la fecundación médicamente asistida, prohíbe la fecundación heteróloga, con la donación de espermatozoides o de óvulos.

En un caso decidido por la Corte de Apelaciones de Bari, de 25 de febrero de 2009⁶⁷, se declaró que la transcripción de la filiación de dos niños nacidos en base a una maternidad subrogada era admisible en Italia, en cuanto los dos eran ciudadanos del Reino Unido, por lo tanto comunitarios, y de acuerdo con el mejor interés del niño.

Más recientemente un decreto del 1 de julio 2011 el Tribunal de Nápoles ha ordenado la transcripción de un certificado relativo a un niño nacido en el extranjero formado en virtud de la técnica de la inseminación artificial heteróloga, ya que se piensa que esto no pueda constituir una violación del orden público.

El mismo principio se aplica por los tribunales franceses (véase el Tribunal de Apelación de París, 25 de octubre de 2007) y por la práctica española (véase la Resolución de la Dirección General de Los Registros y El Notariado, 18 de febrero de 2009), aunque no exista una legislación específica en este sentido.

ii) Otro caso es la filiación homoparental, prohibida por la ley italiana y reconocida en otros sistemas jurídicos europeos .

La jurisprudencia está empezando a admitir la filiación de personas del mismo sexo, legalmente establecida según las reglas de otros países comunitarios, aunque en casos no previstos en el derecho italiano⁶⁸, como ya sostenido por la literatura jurídica⁶⁹.

Además, en la jurisprudencia se encuentra la tendencia a abandonar la desaprobación hacia las uniones del mismo sexo , como lo demuestra recientemente por la *Corte di Cassazione*, así, que niega los efectos negativos de la custodia a un padre que vive con una persona del mismo sexo, los cuales no serían basados en la evidencia científica, sino simplemente en prejuicios.

⁶⁷ In leggiditalia.it .

⁶⁸ El Tribunal de Roma en 2009 rechazó la acción de desconocimiento de la paternidad propuesta por los hermanos de un ciudadano italiano casado con otro hombre en el Reino Unido. En los periódicos la noticia está comentada, por ejemplo, en A. GARIBALDI, *La dinastia e i figli della provetta. I Doria in tribunale per l'eredità*, en *Corriere della Sera*, 10 de octubre de 2009. Por que se refiere a la doctrina legal, véase B. MOLASCHI, *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra*, en *Fam. Pers. Succ.*, 2010, 7, 524.

⁶⁹ F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, en *Dir. fam.*, 2010, p. 901 ss.

Lo que es coherente con la prohibición de cualquier forma de discriminación en materia de relaciones familiares ⁷⁰.

iii) La adopción por una persona soltera, en Italia se admite sólo como «adopción en casos especiales», según el artículo 44 de la ley 184/1983, que sin embargo no es la adopción plena ⁷¹. Esta forma de adopción podría considerarse discriminatoria, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal EDH en un caso similar que se refiere al Derecho de Luxemburgo ⁷².

La adopción de la pareja del mismo sexo se debe permitir en virtud de la sentencia del Tribunal EDH ⁷³, que considera ilegal la prohibición de las adopciones por razón de la homosexualidad de los adoptantes.

Hay que tener en cuenta, además, que el nuevo Convenio de Estrasburgo sobre la adopción de niños de 2008 (que modifica la anterior), en su artículo art. 7, párrafo 2, establece la posibilidad de los Estados de prever la adopción por convivientes o parejas del mismo sexo que están casadas o que forman parte de una unión registrada.

En todos los casos anteriormente citados, cuando se forma válidamente el status de filiación en otro país comunitario, la aplicación de los principios de la definición substancial de las relaciones familiares, la prohibición de la discriminación, la libre circulación, y sobre todo el deber de proteger los intereses del niño exigen el pleno reconocimiento en todos otros Estados.

No parecen cumplir con estos principios, algunas soluciones formales, como la propuesta por el *Conseil d'État* en Francia⁷⁴, que en el caso de maternidad subrogada realizada en el extranjero, sugiere transcribir la paternidad, pero no la maternidad de la «*mère d'intención*».

Sin embargo, el *Conseil* propone que la relación entre la madre y el hijo se reconozca indirectamente, a través de la «*délégation*» (artículo 377 *code civil*) o de la registración a margen del acto nacimiento de la decisión de la autoridad administrativa extranjera, al fin de demostrar el vínculo de las relaciones de la vida diaria (con la administración pública, las escuelas, etc.)

Una solución similar es la derivada de la sentencia del *Corte di Cassazione* italiana no. 4184 de 15 de marzo de 2012, la cual decidió que el matrimonio de personas del mismo sexo es «inexistente» para el derecho nacional, si bien, con una

⁷⁰ *Cassazione*, 11 de enero de 2013, n. 601, en *Giur. It.* 2013, 4.

⁷¹ Véase *Cassazione* 14 de febrero de 2011, n. 3572, en *Famiglia e Diritto*, 2011, 7, 697 nota de ASTONE; en *Giur. It.*, 2011, 6, 1275; en *Foro It.*, 2011, 3, 1, 728.

⁷² Tribunal EDH, 28 de junio de 2007, Wagner c. Lussemburgo.

⁷³ Tribunal EDH, 22 de enero de 2008, E. B. c. Francia.

⁷⁴ *Conseil d'État, La révision des lois de bioéthique*, Paris, 2009, en legifrance.gouv.fr.

fórmula ambigua, las personas homosexuales que cohabitan en estable relación de hecho tienen derecho a una «vida familiar» y que pueden el reconocimiento de situaciones jurídicas específicas para pedir un «tratamiento uniforme» con respecto a los cónyuges.

Debates /

Evolución del Derecho Constitucional Transnacional

PROBLEMAS FUNDACIONALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL

Calogero PIZZOLO (*)

SUMARIO: I. — El derecho constitucional transnacional en su fase descendente. II. — Soberanía y globalización. III. — La reapertura del problema de la legitimidad fundacional: ¿detrás de un nuevo concepto de constitución? IV. — El problema de la jerarquía normativa. V. — La justicia constitucional supranacional, el problema del control y los parámetros de validez: ¿quién es el intérprete final? VI.- Conclusiones. VII. — Bibliografía.

I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL EN SU FASE DESCENDENTE

La hipótesis central de este trabajo es que, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se potencia la transnacionalización del derecho constitucional motorizada por dos corrientes que toman impulso con el final bélico. Una primera corriente, atiende al desarrollo de un derecho supranacional en el ámbito de la integración regional europea a través de las tres Comunidades originarias¹; una segunda corriente, que responde a la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente tras la afirmación de los sistemas internacionales de protección y la consiguiente creación de los respectivos órganos de control.

La visión que se impone en la postguerra es la de una *apertura* del ordenamiento jurídico interno hacia los fenómenos jurídicos que irán creciendo desde el Derecho Internacional, y el consiguiente abandono de las tesis extremistas hasta ahora dominantes que promovían un marcado *aislacionismo* y *encierro nacionalista*. Acontece el final abrupto de una Europa unida por la fuerza de las armas. La tragedia bélica da a luz una Europa unida, pero será la *unión* que representa el triunfo del Derecho sobre la fuerza, del consenso sobre la imposición. La Europa unida se mostrará al mundo como una Comunidad de Derecho.

Se trata de una transnacionalización en su *fase descendente*, que a diferencia de la *fase ascendente* que la precede, se produce en un espacio distinto al del Estado-Nación. En efecto, conceptos clásicos como *soberanía*, *poder constituyente* o bien el de *supremacía constitucional* son el producto de realidades particulares vinculadas al propio Estado-Nación: el fortalecimiento de la autoridad del absolutismo monárquico del que da cuentas Bodino en el siglo XVI², el aporte de Sieyès a la revolución

(*) Catedrático *Jean Monnet* de la Universidad de Buenos Aires

¹ Nos referimos a los tres antecedentes fundacionales de la actual Unión Europea: la ya extinta Comunidad Europea del Carbón y el Acero (1951), la Comunidad Económica Europea (1957), y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (1957).

² Bodino se enfrenta en Francia a la primera gran crisis de un Estado Moderno. Nada tiene de extraño entonces que su principal aspiración sea encontrar un remedio para superar la *crisis estatal* a través del reforzamiento de su poder.

francesa³, o la necesidad de consolidar la supremacía de la constitución federal en los años que siguen a la independencia de los EE.UU. En estas experiencias se generó una traslación de las categorías constitucionales *desde abajo hacia arriba*, esto es precisamente lo que caracteriza a la citada fase ascendente.⁴

La diferencia con la actual fase descendente del derecho constitucional transnacional radica entonces en el *origen* de las categorías conceptuales que éste desarrolla. El espacio nacional cede aquí al arrollador impulso de la *globalización*⁵ que, a su vez, se materializa en el fortalecimiento tanto del espacio global o universal, como del espacio regional.⁶ La *interconexión económica* aparece en forma de

Este poder no era otro que el poder real, centralizado y neutral, en aras a garantizar el sometimiento de todos y, con ello, preservar la paz y la unidad nacional. Bodino definirá la soberanía como: “el poder absoluto y perpetuo de una república (...) no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo” (BODINO J., *Los seis libros de la república*, Aguilar, Madrid, 1973, pág. 48).

Heller atribuye el concepto de soberanía que construye Bodino a lo a la lucha que condujo a Francia, bajo la dirección de su rey y de la Universidad de París, en contra de su subordinación a la Iglesia católica y al imperio, sin olvidar la disgregación del poder estatal en manos de los señores feudales (HELLER, Hermann, *La soberanía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pág. 80).

³ Las leyes fundamentales del *ancien régime* sirvieron de muy poco a los revolucionarios franceses en 1789 cuando se vieron en la necesidad de fundamentar la nueva constitución que decidieron imponer. Al desconocer la autoridad real desconocían también la fuente de legitimación de ésta, el vacío así creado no tardó en ser llenado por la teoría del poder constituyente (*pouvoir constituant*) que oportunamente promovió el abate Sieyès (Véase especialmente el capítulo V de su ensayo *¿Qué es el tercer estado?*). La teoría que recurre a un poder constituyente como *hacedor* de una constitución –y por ende fuente de su legitimación–, desde entonces se exportó desde Francia al mundo, convirtiéndose en una categoría central de la fase ascendente del derecho constitucional transnacional desde el cual, con diversas tonalidades, pasa a los distintos derechos constitucionales nacionales tal como la conocemos hoy.

⁴ Estas ideas tuvieron especial acogida en una América donde se estaba gestando el proceso de independencia de las Metrópolis europeas. La *ola expansiva* que significó la fase ascendente del derecho constitucional transnacional se manifestó en un constante *flujo de ideas* –sirva de ejemplo la traducción que el propio Mariano Moreno hizo en 1810 de la obra *El contrato social* (1792) de Rousseau– que tendrá su materialización normativa en proclamas, declaraciones de independencia o incipientes textos constitucionales. Ello impacta directamente en los orígenes del constitucionalismo en la región. Es elocuente al respecto el pensamiento de José Benjamín Gorostiaga en la Asamblea Constituyente donde daría a luz la constitución argentina. En la sesión del 20 de abril de 1853, al presentar el *Informe oral sobre el Proyecto de Constitución de la Comisión ad-hoc*, expresa que: “El Proyecto está vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos, único modelo de verdadera federación que existe en el mundo”.

⁵ La globalización no podría resultar ajena al Derecho –en especial al Derecho Constitucional–, y éste no podría ignorar a la globalización. La consecuencia de lo dicho es algo tan simple como complejo: un *derecho globalizado*. Cassese en un capítulo que lleva por título *De la economía globalizada a la globalización del derecho* razona: a la globalización económica la acompaña una globalización jurídica, ¿o la primera se desarrolla fuera del derecho? Y refiriéndose al derecho globalizado se pregunta cuál es la “base constitucional” sobre la cual se funda este “complejo de poderes, legitimándolo”. El “orden jurídico global”, está formado de diversos sistemas regulatorios, unos superpuestos a otros, con muchos lazos internos. Por principios y reglas comunes que tratan de afirmarse. El jurista italiano señala el que probablemente sea el mayor desafío de un derecho globalizado: enfrentar las *razones de su legitimidad* o lo que es lo mismo, defender sus fundamentos constitucionales. No resulta extraño entonces que Cassese finalice su obra preguntándose “sí el constitucionalismo no está asumiendo nuevas formas, que se nos escapan solo porque nuestros ojos no están habituados a verlas” (CASSESE, Sabino, *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, Roma-Bari, primera edición 2006).

⁶ Al inicio de la década de los años ochenta del siglo pasado, Cappelletti ponía en conocimiento de la comunidad académica que, en Europa, se ha producido una “notable transformación general”, una transformación cuyos numerosos efectos llevan hacia la adopción de “diversas formas de control judicial, nacional y supranacional,

interconexión jurídica. Así como la crisis financiera de un país o una región hace sentir sus efectos en rincones remotos del mundo, el derecho se transnacionaliza reflejándose en una cadena de espejos, expresándose en diversas lenguas, pero promoviendo una cierta uniformidad en su contenido. El hecho de que la fase se haya invertido ha generando en la actualidad una traslación de las categorías constitucionales desde *arriba hacia abajo*.

Ahora bien, la conversión de la fase ascendente en descendente va a plantear una serie de problemas fundacionales que habían sido superados con cierto éxito en la fase anterior. De Vega indica que “nos vemos obligados a ser ciudadanos del mundo”. No obstante, afirma, continúa siendo el Estado el punto de referencia y el marco obligado donde se establecen los supuestos reguladores de la vida social y donde se definen y se expresan democráticamente los principios valorativos ordenadores de la convivencia. Pero “se trata de un Estado que sometido a presiones y embates de notable envergadura, ve por doquier disminuidos sus ámbitos de actuación y comprometidas las propias razones de su existencia”. A nadie se oculta, argumenta, que la conversión de los hombres en ciudadanos del mundo, sin el establecimiento de los marcos políticos en los que efectivamente pudieran ejercitar y hacer valer esa ciudadanía, “para lo único que sirve es para proclamar procaz y falsamente la aparición de una sociedad civil universal sin Estado, como sustitutivo y compensación histórica al alarmante fenómeno de un Estado que se está quedando sin sociedad civil”.⁷

Cassese presenta otro enfoque. Más allá del Estado (*Oltre lo Stato*), afirma, es difícil individualizar una constitución. No existe un poder constituyente, porque los desarrollos son el producto de la evolución y no de revoluciones. No existe una comunidad en grado de legitimar una constitución global. No existe un contrato entre ciudadanos y poderes públicos, porque no existe una “democracia cosmopolítica”. No existe un documento que pueda definirse constitucional. Pero sí existe, en el “orden jurídico global” una *sostanza costituzionale*, constituida por la consagración de algunos derechos fundamentales, de la delineación de una separación de poderes y funciones, de la institución de un sistema de garantías. En primer término –de aquella sustancia– surgen los Derechos Humanos.⁸

constitucional y federal”. Parece evidente, concluyó Cappelletti, que tenemos mucho que aprender unos de otros. Debemos desarrollar nuevos métodos e instrumentos para comparar problemas y soluciones. Debemos combinar nuestros esfuerzos si queremos alcanzar una mayor comprensión de la complejidad de un mundo en proceso de integración (CAPPELLETTI, Mauro, “El «formidable problema» del control judicial y la contribución del análisis comparado”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 13, Enero-Febrero 1980, págs. 61-103).

⁷ DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 100, Abril-Junio 1998, págs. 14-17.

⁸ CASSESE, Sabino, *Oltre lo Stato*, op. cit., pág. 188.

II. SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN

La generalización y globalización de un *sistema de Estados* se produce en Europa a partir del siglo XVI⁹, “e indudablemente a ello contribuyeron decisivamente las formulaciones doctrinales sobre la soberanía”¹⁰. La noción de soberanía, en la medida en que es el resultado de una *pugna entre poderes para imponer su supremacía*, desde sus comienzos siempre se ha revelado como una categoría especialmente polémica. El Estado absolutista que encuentra en aquélla una forma de legitimación, verá declinar con el tiempo el poder real que lo representa. Sin embargo, la misma noción de la soberanía sobrevivirá a la caída de los monarcas del absolutismo, encontrando un nuevo sujeto que la detente –el poder pasa al pueblo el nuevo soberano- pero manteniendo su *carácter absoluto* en el principio de soberanía popular. De Vega enseña que la noción de soberanía que constituye sin duda la nota más característica y diferenciadora del Estado moderno, no debe centrarse tanto en el hecho de no reconocer a ningún otro poder como superior (en el *superiorem non riconoscere*) como en la circunstancia de que “se trata de un poder que tiene en el pueblo su última y definitiva justificación”.¹¹

Esta es la noción de soberanía que se transnacionaliza a través del clásico derecho constitucional y que encontrará refugio –al desaparecer el manto real que la acobijaba- en la noción de poder constituyente.

Ahora bien, al igual que en el proceso de emancipación de las colonias americanas de las Metrópolis europeas, la Europa de la inmediata posguerra presenta un escenario propicio para el desarrollo de textos constitucionales. Los casos de Francia¹², Italia¹³ o Alemania¹⁴ testimonian lo dicho. Frente al vacío jurídico originado

⁹ Se suele considerar la Paz de Westfalia, 1648, como el momento en el que se puede decir que está definitivamente asentado y generalizado un sistema de Estados en Europa, como sistema de nuevas potencias que actúan con independencia y soberanía, coexistiendo como iguales.

¹⁰ GARCÍA GESTOSO, Noemí, “Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a los seis libros de la república de J. Bodino”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 120, Abril-Junio 2003, págs. 301-302.

¹¹ DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Mundialización y derecho constitucional (...)”, op. cit., pág. 25.

¹² El preámbulo de la constitución de 1946 –parte de la constitución de 1959 actualmente vigente- afirma que “bajo reserva de reciprocidad, Francia consiente *las limitaciones a su soberanía necesarias [limitations de souveraineté nécessaires]* para la organización y defensa de la paz” (sin resaltar en el original). Sucesivas reformas incorporaron nuevas normas constitucionales que habilitan la atribución de competencias (cfr. nuevo título XV “De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea art. 88-1 a 88-5).

¹³ El artículo 11 de la constitución (1948) mantiene que Italia “consiente, en condiciones de paridad con los otros Estados, *a las limitaciones de soberanía necesarias [limitazioni di sovranità necessarie]* para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones, y favorece a las organizaciones internacionales dirigidas a tal fin” (sin resaltar en el original).

¹⁴ En ninguna otra constitución alemana son tan estrechas las conexiones con el orden jurídico internacional como en la Ley Fundamental de Bonn (1949). Desde el preámbulo se leen frases como “alentado por la voluntad de servir a la

PROBLEMAS FUNDACIONALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL

en la derrota de las *formas dogmáticas-nacionalistas* la nueva tendencia constitucional, por primera vez desde su conceptualización por Bodino en el siglo XVI, hará que la noción de soberanía vaya perdiendo su tonalidad absoluta.

Las citadas constituciones, y otras similares que se irán sancionando con el tiempo, contienen el *germen de la supranacionalidad*. Son las propias constituciones – máxima expresión de la soberanía de un pueblo- las que autorizan mediante *fórmulas de atribución* la salida de competencias hasta entonces consideradas como propias o naturales del Estado, en dirección de organizaciones e instituciones producto de la integración regional. Dichas fórmulas constitucionales constituyen una nueva y no menos importante categoría que aporta el derecho constitucional transnacional –en la fase descendente actual- a los derechos constitucionales nacionales, introduciéndose de este modo en las constituciones de todo el mundo.¹⁵

Es determinante aquí el cambio de visión sobre la noción de soberanía que va a detonar un proceso mayor como es la *globalización*: se muta desde la concepción absoluta a otra compatible con las corrientes de transnacionalización.¹⁶ Pernice y Mayer hablan de una “soberanía europea integrada (*sovranità europea integrata*)”.¹⁷ Sucede que el proceso que culmina con la creación de la Unión Europea “ha

paz del mundo como miembro en igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán ha adoptado la presente Ley Fundamental en virtud de su poder constituyente” (sin resaltar en el original). En el mismo sentido, el artículo 24 -que carece de precedentes en el derecho constitucional alemán y fuera parcialmente reformado en ocasión de la ratificación del Tratado de la Unión Europea (1992)- en su primer párrafo establece claramente que la Federación “podrá transferir derechos de soberanía [*Übertragung von Hoheitsrechte*], mediante ley, a organizaciones internacionales” (sin resaltar en el original). La misma expresión aparece en la constitución austríaca (art. 9.2).

Reflexiona Stern que el citado artículo 24.1 faculta “a abandonar la concepción estricta de la soberanía”. Se trata de una clara opción por la supranacionalidad. Acompañado por otras normas concordantes como el artículo 23.1, permite crear organizaciones internacionales dotadas de un “propio poder de soberanía” que despliegan eficacia jurídica inmediata vinculante para el poder estatal nacional y para sus nacionalidades. De este modo, para el nombrado autor, la barrera del poder estatal nacional “queda destruida o, lo que es igual, el filtro de derecho público intraestatal, que hasta ahora debía pasar el Derecho convencional (Derecho internacional general), desaparece. Con el abandono de la concepción tradicional acerca de la eficacia de los tratados internacionales (colectivos) acompañados siempre de transformación autónoma, *el enormemente resistente panzer de la soberanía nacional ha sufrido una brecha*” (STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 867-868, sin resaltar en el original).

¹⁵ Entre las constituciones que podemos citar, además de la mayoría europea, podemos citar la de nuestro país (art. 75 inc. 24), Paraguay (art. 145), Colombia (arts. 150 inc. 16 y 227), Venezuela (art.153) entre muchas otras (ver un análisis detallado de estas fórmulas en nuestro *Derecho e integración regional*, EDIAR, Buenos Aires, 2010, cap. II).

¹⁶ Reflexiona Rubio Llorente que la integración política de Estados constitucionales requiere una base constitucional desde el momento que, la propia constitución de un Estado, se ve “profundamente” alterada al incorporarse a un proceso de integración. En primer lugar, porque dicha alteración es la finalidad inmediata de la integración, en cuanto ésta implica una “reducción de la soberanía” (RUBIO LLÓRENTE, Francisco, “El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Año 16, Nr. 48, 1996, págs. 18 y ss).

¹⁷ PERNICE, Ingolf y MAYER, Franz C., “La costituzione integrata dell'Europa”, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea* (ZAGREBELSKY, Gustavo coord.), Editori Laterza, Roma-Bari, tercera edición 2005, págs. 58-59.

transformado sustancialmente la situación del Estado y la de sus propias instituciones”, por ejemplo, con la desaparición selectiva de las fronteras.¹⁸

En la práctica, lo expuesto significará una traslación de competencias¹⁹, sobre todo legislativas y jurisdiccionales, que terminarán por convertir a los ordenamientos jurídicos integrados, lejos de la forma *uniforme* del pasado, en modernas formas *duales* donde los sistemas de fuentes dejarán de referenciar de manera primaria al derecho interno para *cohabitar* con normas básicas de referencia foráneas, esto es, con normas con capacidad de –en caso de conflicto– desplazar a otras normas sin ser posible que las mismas sean desplazadas. Normas éstas que aplican su propios métodos de validez jurídica (ver punto V). Métodos que, en no pocas ocasiones, entrarán en tensión o contradicción con los métodos de validez jurídica nacionales lo que promoverá una, cuanto menos conflictiva, relación entre los jueces custodios de la constitución –máximo referente de la validez jurídica interna– y los jueces custodios del derecho supranacional personificado en sus atributos de primacía, incorporación automática y efecto directo.²⁰

Las competencias mencionadas ya no serán ejercidas por el Estado aisladamente, como en épocas anteriores, sino en cooperación con los demás Estados miembros. Más aún, afirma Pérez Calvo, “puede decirse que ya que la capacidad de decisión de un Estado aislado sobre ciertas cuestiones se ha convertido en algo puramente teórico, al menos para muchos de los miembros de la Unión, su presencia en los órganos de decisión comunitarios les permite participar en ellas”.²¹

La apertura de la fase descendente se caracteriza entonces por iniciar una fragmentación de la noción misma de soberanía sobre la cual se edificó el Estado moderno. Tal fragmentación se produce respecto de los componentes absolutos que sobreviven en aquella noción desde la época de su desarrollo por el absolutismo monárquico.

El Estado-Nación *cede* ante la integración regional: cada vez son abrumadoramente más los países que procuran agruparse en bloques que los que intentan sobrevivir aisladamente. Pero así como el Estado *cede* frente a la integración regional, también *cede* en materia de *control* de los Derechos Humanos. La soberanía en los tiempos de globalización tampoco servirá de refugio a los autoritarismos y totalitarismos que han hecho de la violación sistemática de estos derechos sus

¹⁸ Véase PÉREZ CALVO, Alberto, “Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa comunitaria”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 99, Enero-Marzo 1998, pág. 10.

¹⁹ Desplazamiento que harán del *Euro* la moneda común de diecisiete Estados soberanos, o actividades tan sensibles como la agricultura una “política común”, o a los nacionales de veintisiete países a la par ciudadanos de la Unión Europea que integran.

²⁰ Consultar, entre otros, RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, “Tribunales constitucionales y derecho comunitario”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez De Velasco*, Tecnos, 1993, Madrid, págs. 1179 y ss.

²¹ PÉREZ CALVO, Alberto, “Las transformaciones estructurales del Estado-Nación (...)”, ob. cit., pág. 13.

políticas de Estado. La consolidación de organismos internacionales de control, contribuirán a la erosión de la rigidez de la soberanía imponiendo, aun contra el derecho interno y la propia constitución del Estado, el respeto de las obligaciones internacionales asumidas al ratificar los tratados sobre Derechos Humanos.²² Aún más: imponiéndose contra la voluntad misma de los Estados cuando se trata de obligaciones *erga omnes* como es el caso de la prohibición absoluta de la tortura.

Señala claramente Cançado Trindade que la interpretación de los tratados relativos a la protección internacional de los Derechos Humanos ha sido objeto de una construcción jurisprudencial, tanto en el ámbito europeo como americano, que ha tenido como función y objeto último la protección de los derechos de las personas humanas la cual no puede ser interpretada restrictivamente a la luz de la soberanía estatal.²³ En la actualidad, continúa el jurista brasileño, “difícilmente se podría sostener que la protección de los derechos humanos recae sobre el llamado dominio reservado de los Estados”. Para concluir en que, en el proceso de interpretación de los instrumentos de protección de derechos humanos, “no ha habido –como no podría haber- lugar para la invocación del dogma de la soberanía”.²⁴

Para Ferrajoli, los significados tradicionales de soberanía y ciudadanía, han sido puestos en cuestión por la *crisis total* del Estado-Nación al que ambos están ligados.²⁵ La *Carta de Naciones Unidas* (1945) y la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), al menos en un plano normativo –sostiene-, “transformaron el orden jurídico del mundo, llevándolo del estado de naturaleza al estado civil”. Los Estados

²² La Corte Interamericana de Derechos Humanos observa –defendiendo la primacía de la Convención Americana de Derechos Humanos y su derecho a intérprete final de ésta- que aceptar la declaración a la que se hace referencia (se trata de una reserva al ejercicio de su competencia contenciosa) en los términos propuestos por el Estado, “conduciría a una situación en que la Corte tendría como primer parámetro de referencia la Constitución del Estado y sólo subsidiariamente la Convención Americana, situación que acarrearía una fragmentación del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos y haría ilusorios el objeto y fin de la Convención” (Corte IDH, Caso *Hilaire*, Excepciones Preliminares, sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C N° 80, párrafo 84). Sin resaltar en el original. En un precedente anterior, caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*), sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N° 73, párrafo 72, la misma Corte entendió que una norma constitucional –en la actualidad derogada- se oponía a lo prescrito en el artículo 13 de la Convención citada. En otro precedente, la misma Corte reprocha a la jurisdicción interna haberse limitado a evaluar si la Ley objetada “era inconstitucional”. Más bien, -sentencia ésta- la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. En otras palabras, lo que reclamó la Corte Interamericana es la vigencia efectiva de la primacía de la Convención citada sobre todo el derecho interno incluida, como vemos, la propia constitución (Cfr. Corte IDH, caso *Boyce*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C Nr. 169, párrafo 78).

²³ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, “A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos globais e regionais: as primeiras quatro décadas”, en *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Año 23, Núm. 90, abril-junio 1986, pág. 263.

²⁴ *Idem*, pág. 287.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en *ISONOMÍA*, No. 9 / Octubre 1998, pág. 173.

signatarios quedaron legalmente sujetos a *normas fundamentales*: el imperativo de la paz y el mantenimiento de los Derechos Humanos. Desde aquel momento la soberanía “se tornó un concepto inconsistente desde el punto de vista lógico”.²⁶ Según Ferrajoli ya existe un constitucionalismo global y una constitución global en la Carta de Naciones Unidas y en los tratados de Derechos Humanos que la complementan.

Los propios Tribunales constitucionales nacionales no desconocen este proceso de *mutación* al que la globalización lleva a la noción de soberanía, y dan prueba de ello en sus sentencias. En ocasión de ejercer el control de constitucionalidad *a priori* sobre el Tratado de Lisboa (2007)²⁷, el Tribunal constitucional, por ejemplo, de la República Checa, sostiene que la “escena mundial” ya no puede ser vista “sólo como un mundo de Estados aislados”. En general, afirma este Tribunal, se acepta que “el Estado y su soberanía están cambiando, y que ningún Estado constituye una organización unitaria, por separado, como las teorías clásicas asumieron en el pasado”.²⁸ En otras palabras, concluye el Tribunal constitucional checo, “para un Estado-Nación, al igual que para un individuo dentro de una sociedad, la libertad práctica significa ser considerado como un actor, y no un objeto. Para un Estado que se encuentra en un sistema mutuamente interdependiente, *la soberanía práctica consiste en que se lo entienda como una parte al que los Estados vecinos escuchan, con quien negocian activamente, y cuyos intereses nacionales son tenidos en cuenta*”.²⁹

El proceso de integración de la Unión Europea, concluye el nombrado Tribunal, “no se está produciendo de una manera radical que generalmente significaría la «pérdida» de la soberanía nacional, sino que es un proceso evolutivo y, entre otras cosas, una reacción a la creciente globalización en el mundo”.³⁰

La sentencia citada es un buen ejemplo de la visión que el siglo XXI tiene reservada para la construcción teórica que permitió la consolidación de los Estados nacionales, y que en el presente se ve obligada a lidiar con la globalización de los espacios jurídicos, culturales o económicos y, sobre todo, con la articulación de espacios regionales como *contrapeso* a la globalización misma.

²⁶ En opinión de Ferrajoli “la santificación de los derechos humanos en la Declaración de 1948 y los tratados de 1966 hizo de ellos no solo derechos constitucionales sino supra-estatales, transformándolos en límites externos y no simplemente internos de los poderes de los Estados. *Se ha producido un cambio de paradigma en el derecho internacional, transformando un sistema contractual basado en relaciones bilaterales e iguales entre estados soberanos en un verdadero orden jurídico de carácter supra estatal*” (Idem, pág. 177). Sin resaltar en el original.

²⁷ Tratado por intermedio del cual se reforman los Tratados fundacionales –concretamente el Tratado de la Unión Europea (TUE) y crea el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)- y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

²⁸ Tribunal constitucional checo, *Tratado de Lisboa I*, sentencia Nr. 19/08 de 26 de noviembre de 2008, párrafo 105.

²⁹ Idem (resaltado en el original).

³⁰ Idem, párrafo 108.

III. LA REAPERTURA DEL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD FUNDACIONAL:
¿DETRÁS DE UN NUEVO CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN?

Al fragmentarse el carácter absoluto de la soberanía, al licuarse su contenido dogmático, cabría preguntarse si no tiende a desaparecer también el fundamento de la *legitimidad fundacional*. En otras palabras, el Estado-Nación edifica su legitimidad, primero en cabeza del rey y luego en cabeza del pueblo, pero de manera *continua* en la expresión de una soberanía indivisible y, por tanto, incuestionable. Así, la soberanía popular encuentra su expresión en el *poder constituyente*, con la misma fuerza que en el pasado la voluntad del absolutismo monárquico encontró su confirmación en la propia soberanía. Y el poder constituyente, conforme a la fase ascendente del derecho constitucional transnacional, actúa como un demiurgo creador de la constitución. Por el contrario, las dos corrientes que se integran en la fase descendente, al *fragmentar* el carácter absoluto de la noción de soberanía, crean un movimiento similar a los poderes revolucionarios de los siglos XVIII y XIX que conduce a una situación de *ruptura*. La consecuencia mayor de ello es, como surge en el presente, la reaparición del problema de la legitimidad fundacional con algunos matices de acuerdo a la opinión que se siga.

En efecto, al rastrear los fundamentos de la legitimidad de promover una protección internacional de los Derechos Humanos, la sola mención a la defensa de la dignidad humana, o bien mantener vivas las imágenes del terror, bastan por sí solas para rechazar cualquier intento de encontrar refugio a las violaciones a los Derechos Humanos en la soberanía del Estado. Pero la situación alcanza su faz crítica al analizar la legitimación fundacional de procesos de integración regional como la Unión Europea donde se desarrolla el derecho supranacional.

En razón de lo anterior, desde un principio, ante la ausencia de un texto constitucional escrito que certifique expresa y directamente el inicio del nuevo ciclo jurídico –y mucho menos de un poder constituyente como autor de dicho texto–, el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo encaró toda una *actividad constituyente y legislativa* encaminada, a final de cuentas, a resolver el problema de la legitimidad fundacional. Esta iniciativa fue acompañada afirmándose que Europa no necesitaba una constitución porque ya tenía una.³¹ Este criterio fue defendido expresamente por el nombrado Tribunal, por ejemplo, en el asunto *Los verdes* (1986)³². Años después,

³¹ El ex presidente de la Comisión Europea Walter Hallstein destacó ya en 1967 que el Tratado de Roma (mediante el cual se creaba la Comunidad Económica Europea) representaba el primer elemento de una constitución europea (Commissione, *Primo rapporto generale sull'attività delle Comunità nel 1967*, 1968, págs. 28 y ss).

³² TJCE, sentencia de 23 de abril de 1986, asunto 294/83. Se sentenció aquí que: “se debe ante todo remarcar que la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden substraerse al control de la conformidad de sus actos con la *carta constitucional fundamental* que constituye el Tratado”. Sin resaltar en el original.

al explicar las diferencias entre los clásicos tratados internacionales y el tratado que creó la Comunidad Económica Europea se vuelve sobre los mismos conceptos.³³

Conforme a la jurisprudencia que seguimos, nos encontramos ante unos tratados internacionales que cumplen –en cuanto al ordenamiento jurídico– la *función fundacional* que en la fase ascendente es propia de un texto constitucional generalmente escrito. Esta función se lleva a cabo, eso sí, *sacrificando* la noción de poder constituyente y, por ende, el principio de legitimidad democrática en que se viene fundando la sanción de constituciones desde el siglo XVIII. En este sentido, Garzón Clariana apunta a que el origen de las Comunidades Europeas se encuentra en los Tratados de París y Roma y “no en un proceso constituyente refrendado por un hipotético *populus aeuropeus*”.³⁴

Rodríguez Iglesias³⁵, agrega a lo dicho que, por el momento, no ha habido un auténtico proceso constituyente europeo a pesar de las reivindicaciones del Parlamento Europeo, sino que siempre se ha seguido en la elaboración de la “constitución comunitaria” el “método intergubernamental” por oposición al “método constituyente”. Como resultado de lo anterior, concluye el citado autor español, el sistema de fuentes en el derecho comunitario europeo carece de una “constitución escrita”, que se ve sustituida, en la jerarquía de las fuentes, por un “conjunto de actos interestatales”.

En opinión de Diez-Picazo³⁶ es interesante observar como el Tribunal de Justicia, en su percepción del ordenamiento jurídico comunitario, ha evolucionado en los últimos treinta años, acentuando precisamente su *aspecto constitucional*. En la medida en que los tratados constitutivos han dado vida a un ordenamiento jurídico diferenciado, concluye Diez-Picazo, provisto de instituciones propias habilitadas para crear y aplicar normas jurídicas, el conjunto de normas y principios jerárquicamente supremos forman la “regla fundamental o constitución de dicho ordenamiento”. Esto

³³ TJCE, dictamen de 14 de diciembre de 1991, Nr. 1/91 sobre el *Especio Económico Europeo*. Allí se afirma: “aunque haya sido celebrado en forma de Convenio Internacional (se refiere al citado Tratado fundacional), no por ello deja de ser la *carta constitucional de una Comunidad de Derecho*. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales”. Sin resaltar en el original.

³⁴ GARZÓN CLARIANA, Gregorio, “Las fuentes del derecho comunitario”, en RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos y LEÑAN NOGUEIRAS, Diego J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 25.

³⁵ RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, “La Constitución de la Comunidad Europea”, en *Noticias CEE*, 1993, Nr. 100, pág. 99.

³⁶ DIEZ-PICAZO, Luis María, “Reflexiones sobre la idea de Constitución europea”, en *Revista de las Instituciones Europeas*, Vol. 20, Nr. 2, 1993, pág. 534.

En un sentido similar se han manifestado PESCATORE, Pierre, “La importancia del derecho en un proceso de integración económica”, en *Derecho de la integración. Revista jurídica latinoamericana*, Instituto para la Integración de América Latina - Banco Interamericano de Desarrollo, Buenos Aires, Nr. 15, 1974, pág. 13; y MANGAS MARTIN, Araceli y LIÑAN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 339, entre muchos otros autores.

es, "la constitución vendría dada por las normas fundacionales que se hallan en la cúspide de la jerarquía normativa, determinando la validez de todas las demás. La constitución europea coincidiría, así, con el llamado derecho comunitario primario".³⁷

En atención a lo anterior, algunos autores hablan de la *existencia* de una constitución en la Unión Europea –teniendo en cuenta que su ordenamiento jurídico se constituye a partir de un conjunto de normas que regulan su estructura fundamental– no en el sentido formal del término constitución, sino en un *sentido material*. Esto vale, escribe D'Atena, en primer lugar, "para las normas que determinan la organización fundamental de la Unión, con la indicación de los órganos, la previsión de sus competencias y del «decisión making»"³⁸.

Frente a lo expuesto, ¿cómo quedaría el problema de la legitimidad fundacional? D'Atena, refiriéndose por ejemplo al "déficit democrático" de la Unión Europea, lo atribuyen a la "peculiaridad del fenómeno reglado". La Unión Europea –se afirma– no es un Estado, sino un ordenamiento "nuevo", sin precedentes en la historia de las instituciones. Su constitución, entonces, "refleja inevitablemente esta connotación estructural". Por esta razón, se concluye, es discutible la pretensión de leer el fenómeno constitucional europeo, "aplicando mecánicamente modelos que se pueden deducir de las constituciones nacionales, o más acertadamente, de una parte de estas".³⁹

Se pondría aquí en duda, como observamos, la utilidad de categorías como la del poder constituyente para establecer los grados de legitimidad que pudiera alcanzar la Unión Europea como tal.

Cassese no duda en afirmar que, la Unión Europea, está dotada de una "constitución o norma base no menos fuerte que las constituciones estatales". Constitución ésta de carácter *progresivo y dinámico* y, por lo tanto, no consolidada. Esto último, señala Cassese, constituye un obstáculo para su estudio.⁴⁰ La Unión

³⁷ *Idem*, pág. 539.

³⁸ D'ATENA, Antonio, "La constitución oculta de Europa (antes y después de Lisboa)", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Junta de Andalucía: Instituto Andaluz de Administración Pública - Universidad de Granada: Departamento de Derecho Constitucional, Granada, Año 7 Núm. 13. Enero-junio 2010, pág. 34. Para este autor: "en Europa, a pesar de la ausencia de una Carta constitucional, no se podía (ni se puede) negar la existencia de una «constitución»: una constitución diseminada en los Tratados constitutivos, cuyos contenidos, no solo tienen sus raíces en la misma matriz cultural a la que se reconducen las constituciones estatales de nuestra tradición, sino que presentan también significativos puntos en común con muchos de los contenidos que se hallan en éstas" (*Idem*, pág. 38).

³⁹ *Idem*, pág. 38. En especial nota al pie 50. En el mismo sentido Cassese quien propone una legitimidad alternativa a la clásica fundada en un consenso y expresada en el principio de soberanía popular ya que, en su opinión, la legitimidad del ordenamiento jurídico global "no se asegura mediante el consenso, sino por medio del Derecho" (CASSESE, Sabino, *La globalización jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 22-24).

⁴⁰ CASSESE, Sabino, "La Costituzione europea: elogio della precarietà", en *Quaderni costituzionali – Rivista italiana di diritto costituzionale*, il Mulino, 2002, nº3, págs. 469-478.

Europea es, para este autor, un nuevo “detentador de poderes”, en un nivel superior, a la cabeza de un conjunto de Estados nacionales que han cedido competencias al nuevo ordenamiento. Pero, además, la Unión Europea interfiere en los distintos niveles del Estado transformando en profundidad los ordenamientos jurídicos nacionales. Todo ello sucede, y en esto radica su elemento característico, sin que la Unión Europea “sustituya” a los Estados.⁴¹

Precisamente, las tesis como las enunciadas sobre el *pluralismo jurídico* parten de la existencia de una constitución europea, sin que ello signifique al mismo tiempo defender la idea de un Estado europeo. Pernice y Mayer defienden que, tanto el ordenamiento constitucional europeo como los nacionales, son *complementarios*. Proponen concebir las constituciones nacionales y del derecho primario de la Unión Europea “como dos elementos de un sistema constitucional único, compuesto o integrado” de lo que en alemán llaman *Verfassungsverbund*⁴², o bien una *federación constitucional*. En otras palabras, considerar este conjunto de normas constitucionales de dos niveles como la *Costituzione europea*. La cual, más que de una constitución estática, se trata de un “proceso constitucional”, de “una interacción dinámica que conduce a unión siempre más estrecha de los pueblos de Europa”. Este enfoque de un *constitucionalismo multinivel* sugiere que “la Unión Europea forma un sistema constitucional compuesto de un nivel nacional y otro nivel supranacional de poder público legítimo, ambos niveles se influyen recíprocamente alcanzando otras dimensiones como la de los ciudadanos particulares o los sujetos mismos de derecho”.⁴³

Esta *constituzione integrata* que promocionan Pernice y Mayer, ¿cómo se relaciona con el problema de la legitimidad fundacional? Ambos autores no eluden la cuestión. Divorcian la noción misma de constitución de la noción de Estado, vinculándola directamente a la noción de poder público legítimo. Subrayan pues que, el *carácter fundante* de la constitución, descansa en la idea de *contrato social europeo* sobre el cual se basa la integración de Europa. En la celebración de este contrato social es determinante para su legitimidad la participación de los ciudadanos de los Estados miembros como ciudadanos de la Unión Europea.

Las tesis contractualistas inspiradas en Rousseau, que dominaron gran parte de la fase ascendente del derecho constitucional transnacional, como se observa, son revividas aquí para satisfacer las necesidades de legitimación propias del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

A pesar de los esfuerzos en este sentido, algunos críticos del constitucionalismo multinivel encuentran a éste en deuda con el problema de la legitimidad fundacional. Maestro Buelga, por caso, considera al respecto que las construcciones doctrinales que

⁴¹ CASSESE, Sabino, “L’Unione Europea come organizzazione pubblica composita”, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Giuffrè editore, Milano, 2000, Año X, nº 5, págs. 990-991.

⁴² Constitución compuesta.

⁴³ PERNICE, Ingolf y MAYER, Franz C., “La costituzione integrata dell’Europa”, op. cit., págs. 49.

articulaban la relación entre los niveles estatal y europeo en torno a la fórmula de la *constitución multinivel*, “acaban por brindar un marco interpretativo útil en la medida en que reconstruyen un complejo ordinamental en el que la instancia europea actúa como reestructuradora de la constitución global imponiendo un nuevo modelo, que actúa exento de las condiciones de legitimidad que imponía la teoría constitucional democrática surgida de la segunda postguerra mundial”.⁴⁴

Concretamente, cuando analiza lo que llama la “legitimación por el derecho” –en la línea de la jurisprudencia que observamos del Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo-, Maestro Buelga afirma que este tipo de propuestas minusvaloran la necesidad de una fundación democrática del poder europeo. La apelación al derecho, en sus diversas formulaciones, pretende compensar el déficit democrático mediante la apelación al vínculo normativo. El derecho ahora juega, no sólo un papel sustitutorio del principio democrático, sino que también sirve para justificar la ausencia de un espacio político europeo, el déficit político, la sustracción del espacio preferencial de la política en el Estado social (el de la economía), que se traslada a un ámbito de no responsabilidad. Esa es, en opinión del citado autor, “una de las consecuencias de la paradoja europea, aquella del *maximalismo jurídico y el minimalismo político*”.⁴⁵

IV. EL PROBLEMA DE LA JERARQUÍA NORMATIVA

Tanto el derecho supranacional como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos poseen una *marca de origen* dada por el principio de primacía. En efecto, el Derecho Internacional General –matriz normativa donde se gestan ambas corrientes-, en su evolución, va a hacer propio este principio desarrollándolo hasta sus últimas consecuencias: la imposibilidad de alegar cualquier norma de derecho interno para justificar un incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado.⁴⁶

⁴⁴ MAESTRO BUELGA, Gonzalo, “Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado constitucional de la Unión Europea”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Madrid, Núm. 15, 2004, pág. 135.

⁴⁵ *Idem*, pág. 139. Sin resaltar en el original.

⁴⁶ Arraigado tempranamente en la costumbre internacional, la jurisprudencia se hizo eco del mismo. Como recuerdo emblemático de ésta basta con citar el célebre pronunciamiento de la entonces Corte Permanente de Justicia Internacional donde se afirmó con toda contundencia que “un Estado no podrá invocar, frente a otro Estado, su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el derecho internacional o los tratados en vigor” (Opinión consultiva de 4 de febrero de 1932, *asunto Trato de los nacionales polacos y de otras personas de origen o de lengua polacos en el territorio de Dantzig*, Serie A/B, Nr. 44).

El principio de primacía del derecho internacional sería luego incorporado a la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* (1969) en su artículo 27.

Ahora bien, hablamos de una marca de origen a partir de la cual, la primacía va a desarrollarse en ambas corrientes de la fase descendente principalmente por el impulso de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales creados como órganos de *control* en los distintos procesos involucrados. Y ello claramente, a pesar de la ausencia de una referencia a la primacía, escrita y expresa en los tratados internacionales fundacionales. En este sentido, la apuntada labor jurisprudencial tendrá mucho de parecido a la encarada por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, al mando del juez Marshall, apenas sancionada la constitución de 1787 con el objeto de fortalecer el principio de supremacía constitucional y el consiguiente control de constitucionalidad como garantía de su eficacia.

Cancela Outela, señala con razón que, desde el Derecho Internacional Público, la primacía del hoy derecho de la Unión Europea no es novedosa, pero sí de distinta naturaleza. Lo que marcaría la diferencia con el clásico principio de primacía sería la relación que éste mantiene –en el citado ámbito europeo– con el principio de *efecto directo*. En virtud de ambos principios, los derechos y obligaciones nacidos de las normas europeas se aplican con prioridad a los de las internas. En última instancia, su aplicación efectiva corresponde al aludido Tribunal de Justicia, cuya jurisdicción es obligatoria, y a los tribunales internos.⁴⁷

Con todo, quedaba pendiente para la jurisprudencia comunitaria europea, una solución clara y precisa para el caso de conflicto entre el derecho comunitario y la constitución de un Estado parte.⁴⁸ La respuesta va a consistir en la afirmación del

⁴⁷ Ver CANCELA OUTEDA, Celso, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*, Universidad de Santiago de Compostela – servicio de publicaciones, Santiago de Compostela, 2001, pág. 476.

En el recordado asunto *Flaminio Costa* (1964), el Tribunal de Justicia ratifica la primacía en estos términos: “Esta integración en el derecho de cada Estado miembro de disposiciones que provienen de fuente comunitaria (...) tiene como corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no puede, por lo tanto, serles opuesta. En efecto, la eficacia del derecho comunitario no puede variar de un Estado a otro, en función de las legislaciones internas posteriores, sin poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado (...) Las obligaciones contraídas en el Tratado constitutivo de la Comunidad no serían absolutas, sino solamente condicionales, si las partes signatarias pudieran eludirlas mediante actos legislativos posteriores” (sentencia de 15 de julio de 1964, asunto 6/6). Este precedente, en opinión de Rodríguez Iglesias y de Baquero Cruz, tiene en común con la clásica sentencia estadounidense *Marbury v. Madison* (1803) obra del juez Marshall, la técnica de interpretación constitucional que sigue. Ambos precedentes, se afirma, otorgan una interpretación capital a la limitación de los poderes públicos y parten de una misma concepción del papel y funciones del poder judicial en un ordenamiento constitucional (RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos y BAQUERO, Julio, “Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, Universidad de Oviedo – Gobierno del Principado de Asturias, Oviedo, Nº 4, 2006, pág. 302).

⁴⁸ No existía ninguna determinación expresa en este sentido, hasta que en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, le toca a los jueces con sede en Luxemburgo entender en un conflicto directamente planteado entre disposiciones de unos reglamentos comunitarios y los principios de la Ley Fundamental de Bonn (1949). Sobre dicho conflicto se sostiene que “recurrir a reglas o nociones jurídicas de derecho nacional, para la apreciación de la validez de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, tendría por efecto atentar contra la unidad y la eficacia del derecho comunitario; que la validez de tales actos no puede ser apreciada sino en función del derecho comunitario (...) que, en consecuencia, *la invocación de atentados, sea a los derechos fundamentales tal como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional,*

principio de primacía, no solo como un principio *fundante*, sino de carácter *absoluto*. En dicha consagración de la primacía, se encuentra la raíz del problema de la jerarquía. Sin embargo, para una parte importante de la doctrina, dicho problema no tiene entidad.

Comenta al respecto De Miguel Bárcena que, si la relación entre los ordenamientos nacionales y el comunitario –hoy de la Unión Europea– se observa desde el punto de vista de la supremacía constitucional, el resultado no es otro que el de una ruptura de la articulación del ordenamiento global, en lo que concierne al principio de unidad. La ruptura se deriva, en su opinión, de la inexistencia de una Constitución europea o conjunto normativo de esa naturaleza, en donde se definan las condiciones de producción y validez de los ordenamientos que se suponen derivados y de sus normas. Según este razonamiento, concluye el autor citado, “la quiebra del principio de unidad sólo podrá resolverse mediante la conversión del ordenamiento comunitario en un ordenamiento originario que contenga la competencia de la competencia”.⁴⁹

Poiars Maduro, por su parte, se pregunta si el ordenamiento jurídico integrado por los derechos nacionales y el derecho de la Unión Europea debe estar sujeto a una organización jerárquica que garantice bien al Tribunal de Justicia bien a los tribunales nacionales el papel de autoridad última a la hora de decidir conflictos jurídicos en el seno de la comunidad jurídica europea. Su respuesta –junto a muchos defensores del pluralismo jurídico– es que, la integración europea, “ataca” esta concepción jerárquica del derecho. En realidad, afirma el autor citado, tanto el derecho nacional como el europeo “asumen en su lógica interna el papel de derecho superior”.⁵⁰

Pernice y Mayer apuntan, respecto al nuevo panorama que presenta el llamado derecho constitucional europeo, que éste “no está estructurado en forma jerárquica” tal como conocemos ocurre en los sistemas federales. Por tanto no es *exclusivo*, pero basándose sobre la idea de cooperación, asume un carácter *inclusivo*. El derecho constitucional europeo “es en efecto un derecho constitucional de la diversidad y no de la homogeneidad”.⁵¹

no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio de este Estado” (sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70). Sin resaltar en el original.

⁴⁹ DE MIGUEL BÁRCENA, Josu, “Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa Editores – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Núm. 9, enero-junio 2008, pág.

⁵⁰ POIARES MADURO, Miguel, “Las formas del poder constitucional de la Unión Europea”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 119, enero-marzo 2003, págs. 33-34.

⁵¹ PERNICE, Ingolf y MAYER, Franz C., “La costituzione integrata dell'Europa”, op. cit., pág. 52.

Al analizar la compatibilidad del artículo I-6⁵² del *non nato* Tratado constitucional europeo, el Tribunal Constitucional español declaró que la primacía allí consagrada “no se afirma como superioridad jerárquica sino como una «exigencia existencial» de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados”.⁵³

El citado Tribunal concluye en una ingeniosa distinción entre “supremacía” y “primacía”. Ambos conceptos –razona– son categorías que se desenvuelven en órdenes “diferenciados”. La primera, en el de la “aplicación de normas válidas”; la segunda, en el de los “procedimientos de formación”. La supremacía se sustenta así en el “carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla”. La primacía, en cambio, “no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía, salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, *su propio desplazamiento o inaplicación*”.⁵⁴

La jurisprudencia constitucional reseñada, ¿resuelve el problema que plantean dos normas con pretensión de validez en una misma unidad jurídica? En otras palabras, ¿pueden cohabitar dos normas que, al mismo tiempo, reivindicán para sí la función fundacional de un único espacio jurídico?

Para la argumentación que seguimos, la aludida *unidad del sistema*, no configura un ordenamiento ordenado jerárquicamente. La *unidad existe, pero la jerarquía no*. Pero, ¿en qué medida es posible mantener la unidad del sistema jurídico sacrificando el principio de ordenación jerárquica de las normas que el mismo contiene?

Maestro Buelga, siguiendo con sus críticas al constitucionalismo multinivel, entiende que la *unicidad del sistema* no surge sólo de la *interconexión* de los ordenamientos estatales y de la Unión Europea, “sino de la prevalencia del orden global que se teoriza”. La tesis fundamental del constitucionalismo multinivel, en su opinión, es pues la de la unicidad. Ordenamiento *compuesto, complejo, pero único*. Ciertamente, para el autor citado, esta cualidad del ordenamiento europeo se articula sobre dos bases: la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo conceptualizada en torno al término *comunidad de derecho*, la *supremacía* y el *efecto directo* de sus normas, unidas al elemento fáctico, representado por la afectación de los ordenamientos nacionales por el europeo.

⁵² La norma preveía el siguiente texto: “La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

⁵³ Tribunal constitucional español, declaración Nr. 1/2004 de 13 de diciembre de 2004, fundamento jurídico 3.

⁵⁴ Sin resaltar en el original.

El salto conceptual, sustenta Maestro Buelga, "presenta lagunas evidentes y su definición no está exenta de contradicciones. La unicidad del sistema dificulta la comprensión de la construcción no jerárquica de las relaciones internas entre los dos niveles constitucionales. La pretensión de interrelación desde la autonomía de los niveles normativos no resuelve la exigencia de la unicidad que impone, necesariamente, un orden interno de sistema".⁵⁵

El protagonismo de la jurisprudencia en la evolución del principio de primacía en la corriente del derecho supranacional, se repite en la segunda corriente que estudiamos. Los órganos internacionales de control –en especial a los que se les reconoce competencias jurisdiccionales- motorizan una jurisprudencia similar en muchos aspectos a la producida por los jueces con sede en Luxemburgo.

En opinión de Bidart Campos, cuando se adjudica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la competencia para verificar si normas del derecho interno vulneran o no a otras internacionales, no se le está confiriendo facultad para analizar si dentro del ámbito interno algunas normas también internas -por ejemplo las leyes- infringen o no a otras normas internas superiores por ejemplo las de la constitución del Estado. Ello porque la validez y/o constitucionalidad de normad del derecho interno, afirma el citado autor, no entra en el área competencial de la citada Corte para interpretarlas o enjuiciarlas. Lo que si puede hacer dicha Corte es comparar normas internas -también las de la Constitución- con las internacionales para analizar si las internas guardan conformidad con las internacionales, o no. Es, concluye el recordado profesor argentino, "una especie de control que tiene como finalidad preservar la prioridad y primacía del derecho internacional respecto del derecho interno, incluida en éste la propia constitución del Estado".⁵⁶

En el mismo sentido se expresa Sagüés al comparar el control de constitucionalidad con el control de convencionalidad en el sistema interamericano. Así sostiene que, en una primera aproximación, se puede afirmar que se trata de dos dispositivos distintos, con objetivos diferentes: uno intenta afirmar la supremacía de la constitución nacional; el otro, la de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pero el mismo autor argentino resalta que, en el fondo, tienen en común manejar un mismo argumento: "la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior". En efecto: la consecuencia del control de convencionalidad, es que la regla constitucional que lesiona la citada Convención debe quedar inaplicada (lo mismo acaece, desde luego, con las normas subconstitucionales violatorias de la misma Convención). Si ello no implica superioridad de la Convención nombrada sobre la

⁵⁵ MAESTRO BUELGA, Gonzalo, "Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado constitucional de la Unión Europea", op. cit., págs. 142-143.

⁵⁶ BIDART CAMPOS, Germán, "La lección derivada de la opinión consultiva 1 de 1982", en *Derechos humanos. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Textos completos y comentarios* (Bidart Campos-Pizzolo, coords.), 2000, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Tomo I, pág. 66.

Constitución de un Estado parte, concluye Sagüés, “francamente no sabemos cómo denominar de otro modo a tal estado de cosas”. En síntesis, para este autor, el control de convencionalidad se perfila a la postre, conforme a la jurisprudencia desarrollada en la materia por la Corte Interamericana, como un “control de supraconstitucionalidad, quiéraselo o no llamar así”.⁵⁷

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SUPRANACIONAL, EL PROBLEMA DEL CONTROL Y LOS PARÁMETROS DE VALIDEZ: ¿QUIÉN ES EL INTÉRPRETE FINAL?

Desde su consolidación como garantía de eficacia de la Constitución, el control de constitucionalidad se ha desarrollado como *método de validez*. En la fase ascendente, fue la herramienta en manos de los jueces para actuar en defensa de la supremacía constitucional. En la fase descendente, dicho control –presentado como control de legalidad o convencionalidad– ya no es competencia exclusiva de las máximas instancias jurisdiccionales nacionales, llámese Corte Suprema o Tribunal Constitucional. La aparición, como acabamos de ver, de tribunales supranacionales defendiendo la primacía de las dos corrientes que estudiamos, ejerciendo de última instancia y, por tanto, de intérprete final de los contenidos comunes que *vinculan* a los ordenamientos jurídicos afectados implica en la práctica, como vimos, el *desplazamiento o bloqueo* de normas nacionales incluidas las normas constitucionales.

Una de las características precisamente de la fase descendente es que la *función constitucional* –dentro de la cual sobresale la del control– pasa a ser, por primera vez de forma generalizada, la competencia de tribunales supranacionales que controlan la legalidad de un derecho constitucional transnacional que sigue sus propios referentes jurídicos. Por tanto, en paralelo –y la mayoría de las veces superponiéndose– conviven una multiplicidad de controles con un *objeto común*. Ello, como podrá imaginarse, será fuente recurrente de conflictos entre los tribunales nacionales y los supranacionales por establecer quién impone la última palabra, o sea, el derecho de última instancia.

La justicia constitucional supranacional, en nuestra opinión, representa una *continuidad* pero también una *transformación* respecto de la justicia constitucional clásica que fuera presentada por Kelsen como *guardián de la constitución* y desarrollada ya entrado el siglo XX en los últimos momentos de la fase ascendente del derecho constitucional transnacional. Precisamente, en sí misma, la justicia constitucional es una categoría ilustrativa de este derecho: se materializaría en la constitución austríaca de 1920 y en el Tribunal Constitucional que vería la luz seis

⁵⁷ SAGÜÉS, Néstor, “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”, en *La Ley*, tomo 2009-B, pág. 761, parágrafo 8. Véase del mismo autor “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca, Año 8, Núm. 1, 2010, pág. 124.

años más tarde para luego expandirse –después de la forzada pausa que significó la Segunda Guerra Mundial-, primero por Europa, y después por el mundo.⁵⁸

Este rasgo, como vemos, no se pierde con la aparición de la fase descendente, por el contrario se consolida ya que pasa a ser la opción preferida del constitucionalismo continental europeo de posguerra (por ejemplo en Italia y Alemania). En ello radica entonces su continuidad.

Ahora bien, existe también una *transformación*. Está queda representada por los Tribunales supranacionales que la fase descendente va a desarrollar. Estos nuevos Tribunales, van a compartir con la clásica justicia constitucional el constituirse en *garantes* de las normas fundacionales y, por tanto, con jerarquía mayor dentro del ordenamiento jurídico creado.⁵⁹ Para ello van apelar al mismo instrumento –el control de constitucionalidad- nada más que con una finalidad diversa: ya no será la constitución escrita a la que se debe garantizar su eficacia, sino a un *bloque normativo* instrumentado a partir de tratados internacionales pero que, como fuera dicho, van a poseer la misma función que las normas constitucionales escritas entonces. Esto es la función de crear un ordenamiento jurídico a partir de constituirse en normas básicas de referencia para aquél, en desarrollar su propio método de validez, y declararse intérprete final del mismo.

Tal misión comprende, en la medida que dichos tratados son interpretados como “la carta constitucional de una Comunidad de derecho”, la tarea de velar por normas básicas de referencia, esto es, por las normas con capacidad de –en caso de conflicto- desplazar a otras normas sin ser posible que las mismas sean desplazadas. Esta inmunidad en cuanto a su aplicación, dada por su función fundacional del ordenamiento jurídico, es lo que las hace actuar como en la fase ascendente actuaban las clásicas normas constitucionales. Se establece, pues, un *sistema de control* del respeto de las disposiciones de los tratados fundacionales, en la medida en que éstos reconocen dicha competencia a un órgano jurisdiccional, por ejemplo en la Unión Europea, como el Tribunal de Justicia.

Puede decirse, afirman Rodríguez Iglesias y Baquero Cruz, que la caracterización del ordenamiento comunitario –hoy Unión Europea- como un ordenamiento constitucional es *analógica*, a falta de una constitución formal, pero resulta legítima y

⁵⁸ Explica García Belaunde al respecto que, se trataba de crear un órgano especial con capacidad para –entre otros aspectos- declarar la inconstitucionalidad de las leyes, ya que, según la tradición europea, el Poder Judicial no podía hacerlo. Esta solución kelseniana tuvo su lógica y la mantiene, y ha dado origen, precisamente, al llamado modelo kelseniano (por su autor), *austriaco* (por ser el país que primero lo perfiló) o *europeo*, por ser el continente que lo acogió e hizo suyo y cuya influencia llega, hoy en día, incluso a la Federación Rusa, a las antiguas democracias populares, y a democracias novísimas, como Sudáfrica o Estados diminutos como Andorra, que han hecho suya la institución (GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, Bogotá, 2001, pág. 16).

⁵⁹ En este sentido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se le ha reconocido expresamente que: “*Garantizará* el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados” (cfr. art. 19.1, TUE). Sin resaltar en el original. Este Tribunal está integrado por el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los Tribunales especializados.

útil en la medida que permite subrayar la *función constitucional* de los tratados constitutivos. Esta función constitucional tiene, según los autores citados, distintas manifestaciones entre las que destacan las siguientes: dichos tratados constituyen la “norma suprema en la jerarquía normativa del sistema”, el fundamento de las competencias atribuidas y su límite respecto a las competencias de los Estados miembros; también establece algunos principios fundamentales del ordenamiento comunitario (ciudadanía de la Unión, no discriminación por razón de la nacionalidad, libertades económicas fundamentales, etc.) y, en definitiva, “son la base de un sistema jurídico que traslada a la esfera comunitaria las exigencias propias de un Estado de derecho”.⁶⁰

¿Cuáles son entonces las características que pueden asignarse a esta primera expresión de justicia constitucional transnacional? Se trata de un *sistema mixto* que no responde a ninguno de los modelos básicos de justicia constitucional, presentando elementos de uno y de otro. En cierta medida puede compararse a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, pues ambos tienen una jurisdicción general que incluye el contencioso constitucional.⁶¹

Para caracterizar el sistema de justicia constitucional vigente en la Unión Europea es útil distinguir entre el *control de constitucionalidad del llamado derecho derivado* – que depende de la adecuación de este último al llamado derecho originario o “carta constitucional”- y el *control de conformidad del derecho de los Estados miembros con el derecho de la Unión Europea*. El primero se instrumentaliza mediante los recursos directos –recurso de nulidad y recurso por omisión- y las cuestiones prejudiciales. Aquí los tratados han establecido un sistema de justicia constitucional *concentrado*, confiado a un tribunal no especializado puesto que su jurisdicción comprende otras cuestiones no constitucionales. En cuanto al segundo, el control es *difuso* y queda confiado a los tribunales nacionales (que pueden o deben según el caso solicitar la colaboración del Tribunal de Justicia a través del procedimiento prejudicial) y al propio Tribunal mediante el procedimiento por incumplimiento.

El ejercicio de la función constitucional por el Tribunal de Justicia ha sido en ocasiones considerada como una expresión demasiado *expansiva* por algunas jurisdicciones constitucionales nacionales en especial la alemana.⁶² Este Tribunal, apunta De Miguel Bárcena, parece haber desarrollado una teoría, que además de servir de guía para otras jurisdicciones constitucionales, permite alguna forma de control constitucional del derecho comunitario, al tiempo que evita conflictos concretos dado que, en general, no revisa normas de la Unión Europea. Sin duda el concepto

⁶⁰ RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos y BAQUERO, Julio, “Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, op. cit., pág. 303.

⁶¹ El procedimiento de nulidad (cfr. art. 263, TFUE), por ejemplo, opera como un vía indirecta de control de legalidad del derecho derivado de la Unión Europea.

⁶² Como ejemplo puede citarse la sentencia de este Tribunal sobre el *Tratado de Maastricht* (sentencia de 12 de octubre de 1993-sala II, versión castellana en “Revista de las Instituciones Europeas”, 1993, Vol. 20, Nr. 3, sección jurisprudencia, pág. 995), o la más reciente sobre el *Tratado de Lisboa* (sentencia de 30 de junio de 2009).

fundamental en la construcción alemana es el de *ejercicio*. El Tribunal Constitucional Federal alemán, concluye el citado autor, “mantiene una sombra jurisdiccional” sobre el derecho de la Unión Europea pero, al mismo tiempo, previene conflictos concretos al abstenerse de *ejercer* esa jurisdicción mientras dicho derecho satisfaga los principios básicos de la constitución alemana. En otras palabras, dicho Tribunal lo que hace es “amagar con *ejercer* un control directo” sobre las normas elaboradas por las instituciones comunitarias, para posteriormente batirse en retirada, bien ante las reinterpretaciones realizadas por el Tribunal de Justicia, bien ante las exigencias estructurales del proceso de integración. En definitiva, “nos hallamos ante una doctrina que prevé un control constitucional estatal de *tipo sistémico* sobre los principios constitucionales del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, y no ante un control caso por caso de la validez de sus normas”.⁶³

¿Cómo es pues la convivencia entre los Tribunales constitucionales nacionales y la función de naturaleza constitucional ejercida, en algunos casos de forma exclusiva por el Tribunal de Justicia⁶⁴? La relación entre los Altos Tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo, se asume en términos *dialogantes* y *cooperativos*. Sin embargo, aporta con tono crítico De Miguel Bárcena, dicha relación “está limitada por unas condiciones estructurales de partida divergentes”.⁶⁵ Esto es, mientras que los Tribunales constitucionales nacionales hablan esencialmente el lenguaje del derecho constitucional estatal, por lo tanto parcial, el Tribunal de Justicia habla en lo básico desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea, que todavía no se configura como un ordenamiento constitucional originario.⁶⁶

En lo que toca a la segunda corriente de la fase descendente que observamos, el grado de evolución actual de los Tribunales supranacionales fue, en gran parte posible, o bien marcha en paralelo, al desarrollo favorable del *derecho a peticionar*, en el plano global y regional, que el derecho internacional de los derechos humanos va a contemplar gradualmente a los particulares. Con ello, al reconocerse a las personas como sujetos de derechos en el orden internacional, se irá generando una clara distinción con el derecho internacional clásico monopolizado por los Estados.

La justicia constitucional supranacional alcanza aquí otras dimensiones al partir, no ya de una atribución de competencias jurisdiccionales expresamente regladas en los tratados fundacionales –posible por la existencia de fórmulas constitucionales

⁶³ DE MIGUEL BÁRCENA, Josu, “Justicia constitucional e integración supranacional (...)”, op. cit., págs. 94-95.

⁶⁴ El nombrado Tribunal ejerce una competencia exclusiva en el control de legalidad de derecho derivado de la Unión Europea. Así lo ha afirmado en numerosos precedentes por ejemplo en el asunto *Foto-Frost*, sentencia de 22 de octubre de 1987, asunto 314/85, donde interrogado sobre sí el Juez nacional podía examinar la validez de una Decisión adoptada por la Comisión contestó que éstos “no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones comunitarias”.

⁶⁵ DE MIGUEL BÁRCENA, Josu, “Justicia constitucional e integración supranacional (...)”, op. cit., pág. 86.

⁶⁶ *Idem*, pág. 92.

habilitantes- sino de obligaciones internacionales asumidas con la *ratificación* de tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. En estos casos, la norma convencional internacional se incorpora al derecho interno de los Estados partes a través de *fórmulas constitucionales puente* de contenido *procesal*, o bien del tipo que denominamos *pleno*.

En el primer tipo de las fórmulas puente, las normas constitucionales prescriben la *forma* y el *modo* en que deben incorporarse los tratados internacionales para ser considerados válidos en el derecho interno. Así, se indica que poderes intervienen en todo el proceso, lo cual depende del sistema constitucional adoptado, coincidiendo la mayoría en garantizar a través de la intervención del Parlamento el control democrático de la política exterior del Estado. De este modo, la vigencia en el derecho interno del derecho internacional depende de lo prescrito por la propia Constitución que puede adoptar un sistema dualista o monista para relacionarse con aquél. La fórmula puente *plena*, en cambio, es un tipo específico que menciona directamente a los tratados de derechos humanos y los *efectos* que despliegan éstos en el derecho interno dotándolos, por ejemplo, de una *jerarquía constitucional* como ocurre con el artículo 75.22 de la constitución argentina, de efecto *equivalente a una enmienda constitucional* como en el caso del artículo 5 § 3º de la constitución brasileña, *anudando la interpretación* de la Constitución al texto internacional como sucede con el artículo 10.2 de la Constitución española, o bien estableciendo a las normas convencionales internacionales como *parámetro de legalidad* de los poderes públicos como acontece con el artículo 117.1 de la Constitución italiana. Las fórmulas constitucionales puentes, al igual que las fórmulas constitucionales habilitantes, en tanto categorías propias, forman parte de la expresión más pura de la fase descendente del derecho constitucional transnacional.

El hecho de que, en la *base* de la relación, encontremos fórmulas puente principalmente de tipo procesal, y no de tipo pleno o bien fórmulas constitucionales de atribución –en ambos casos permitiendo el *traslado expreso* de competencias al Tribunal supranacional-, va influir directamente en las respuestas dadas por los Tribunales nacionales a problemas similares a los que vimos se producen con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las sentencias de este último Tribunal, a diferencia, por ejemplo, de la naturaleza jurídica difusa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son de naturaleza claramente ejecutivas (cfr. art. 260, TFUE).

Al igual que el control de legalidad ejercido en la Unión Europea, el control de convencionalidad presenta dos facetas: una, *desde arriba* –también denominado control de convencionalidad en sede internacional-, cuando quien lo ejerce es el *máximo intérprete* del instrumento internacional de Derechos Humanos que se trate (por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos la Corte Interamericana y en el Convenio Europeo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos); otra, *desde abajo* –también denominado control de convencionalidad en sede nacional-, cuando quien lo realiza son los propios *jueces nacionales* como jueces de aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, por tanto, obligados

a dejar de aplicar cualquier norma del derecho interno que se oponga a éste. El control de convencionalidad lo ejercen, en consecuencia, tanto los jueces supranacionales como los jueces nacionales. Pero a estos últimos les toca la responsabilidad mayor ya que aquí, a diferencia de lo ocurre en la Unión Europea, la intervención de los Tribunales supranacionales es *subsidiaria*. No podía ser de otra manera dado que la competencia de juzgar las violaciones a las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos permanece, ya se dijo, en la *órbita estatal sin ser atribuida* a los Tribunales supranacionales. De ahí que, tanto la citada Convención Americana como el Convenio Europeo, impongan como regla –si bien existen excepciones⁶⁷– la necesidad de *agotar* los recursos previstos en el derecho interno antes de recurrir a los respectivos organismos internacionales de control. Además, no está demás hacer notar, que no existe un instrumento de *diálogo* entre los niveles nacional-supranacional ni siquiera próximo a la cuestión prejudicial que existe en la Unión Europea⁶⁸.

VI. CONCLUSIONES

Como primera conclusión observamos que la noción de soberanía caracterizada desde el siglo XVI por su carácter absoluto e indivisible, se fragmenta, asimilando las corrientes jurídicas que se forman en la fase descendente del derecho constitucional transnacional. Nos referimos al derecho supranacional que se desarrolla en el proceso de integración europea y el derecho internacional de los Derechos Humanos.

Ahora bien, al fragmentarse la noción de soberanía, se fragmenta también el fundamento de la legitimidad fundacional que, expresada en la teoría del poder constituyente, sirve de fundamento democrático al Estado-Nación. Se reabre así el problema de la legitimidad fundacional en relación al nuevo orden jurídico creado por las corrientes de la fase descendente. Este vacío intenta ser llenado mediante la construcción de un nuevo concepto de constitución, encumbrando, en lugar de la voluntad popular, al propio Derecho como instrumento, en sí mismo, de legitimación.

El principio de primacía, por otra parte, es una marca de origen de las corrientes estudiadas. Este es adoptado, ante el silencio de los tratados internacionales fundacionales, en términos absolutos por la jurisprudencia de los Tribunales supranacionales previstos como órganos de control. La consecuencia práctica de ello será la no aplicación, en caso de conflicto, de la norma de derecho interno –incluidas las normas constitucionales. La prevalencia del derecho supranacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, permite asegurarse a los tribunales

⁶⁷ Por ejemplo las previstas en el artículo 46.2 (Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁶⁸ Véase artículo 267 (TFUE).

supranacionales intervinientes, además, la competencia de decidir en última instancia sobre la interpretación del derecho aplicable. Todo lo cual conducirá a un escenario de tensiones y recelos en la relación entre las máximas instancias jurisdiccionales nacionales y los referidos tribunales supranacionales. Circunstancias éstas que intentan ser sorteadas apelando a un diálogo interjurisdiccional fluido y constante.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán, "La lección derivada de la opinión consultiva 1 de 1982", en *Derechos humanos. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Textos completos y comentarios* (Bidart Campos-Pizzolo, coords.), 2000, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Tomo I, pág. 66;

BODINO J., *Los seis libros de la república*, Aguilar, Madrid, 1973, pág. 48;

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, "A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos globais e regionais: as primeiras quatro décadas", en *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Año 23, Núm. 90, abril-junio 1986, pág. 263;

CANCELA OUTEDA, Celso, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*, Universidad de Santiago de Compostela – servicio de publicaciones, Santiago de Compostela, 2001, pág. 476;

CAPPELLETTI, Mauro, "El «formidable problema» del control judicial y la contribución del análisis comparado", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 13, Enero-Febrero 1980, págs. 61-103;

CASSESE, Sabino, "L'Unione Europea come organizzazione pubblica composita", en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Giuffrè editore, Milano, 2000, Año X, nº 5, págs. 990-991;

-----, "La Costituzione europea: elogio della precarietà", en *Quaderni costituzionali – Rivista italiana di diritto costituzional*, il Mulino, 2002, nº3, págs. 469-478;

-----, *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, Roma-Bari, primera edición 2006;

D'ATENA, Antonio, "La constitución oculta de Europa (antes y después de Lisboa)", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Junta de Andalucía: Instituto Andaluz de

Administración Pública - Universidad de Granada: Departamento de Derecho Constitucional, Granada, Año 7 Núm. 13. Enero-junio 2010, pág. 34;

DE MIGUEL BÁRCENA, Josu, "Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa Editores - Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Núm. 9, enero-junio 2008, pág;

DE VEGA GARCÍA, Pedro, "Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 100, Abril-Junio 1998, págs. 14-17;

DIEZ-PICAZO, Luis María, "Reflexiones sobre la idea de Constitución europea", en *Revista de las Instituciones Europeas*, Vol. 20, Nr. 2, 1993, pág. 534;

FERRAJOLI, Luigi, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en *ISONOMÍA*, No. 9 / Octubre 1998, pág. 173;

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, Bogotá, 2001, pág. 16;

GARCÍA GESTOSO, Noemí, "Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a los seis libros de la república de J. Bodino", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 120, Abril-Junio 2003, págs. 301-302;

GARZÓN CLARIANA, Gregorio, "Las fuentes del derecho comunitario", en RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos y LEÑAN NOGUEIRAS, Diego J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 25;

HELLER, Hermann, *La soberanía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pág. 80);

MAESTRO BUELGA, Gonzalo, "Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado constitucional de la Unión Europea", en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Madrid, Núm. 15, 2004, pág. 135;

- MANGAS MARTIN, Araceli y LIÑAN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 339, entre muchos otros autores;
- PÉREZ CALVO, Alberto, "Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa comunitaria", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 99, Enero-Marzo 1998, pág. 10;
- PERNICE, Ingolf y MAYER, Franz C., "La costituzione integrata dell'Europa", en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea* (ZAGREBELSKY, Gustavo coord.), Editori Laterza, Roma-Bari, tercera edición 2005, págs. 58-59;
- PESCATORE, Pierre, "La importancia del derecho en un proceso de integración económica", en *Derecho de la integración. Revista jurídica latinoamericana*, Instituto para la Integración de América Latina - Banco Interamericano de Desarrollo, Buenos Aires, Nr. 15, 1974, pág. 13;
- PIZZOLO, C., *Derecho e integración regional*, EDIAR, Buenos Aires, 2010, cap. II;
- POIARES MADURO, Miguel, "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 119, enero-marzo 2003, págs. 33-34;
- RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, "La Constitución de la Comunidad Europea", en *Noticias CEE*, 1993, Nr. 100, pág. 99;
- , "Tribunales constitucionales y derecho comunitario", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez De Velasco*, Tecnos, 1993, Madrid, págs. 1179 y ss;
- RUBIO LLÓRENTE, Francisco, "El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Año 16, Nr. 48, 1996, págs. 18 y ss.;
- SAGÜÉS, Néstor, "El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales", en *La Ley*, tomo 2009-B, pág. 761, parágrafo 8. Véase del mismo autor "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", en *Estudios*

Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca, Año 8, Núm. 1, 2010, pág. 124;

STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 867-868, sin resaltar en el original.

Crítica /

SOBERANÍA Y POLÍTICA

Comentarios críticos a “Problemas fundacionales del derecho constitucional trasnacional” del
prof. Calogero Pizzolo*

Pedro A. CAMINOS (*)

SUMARIO: I. — Introducción. II. — II. Los conceptos de soberanía y de lo político.
III. — Soberanía e integración regional. IV. — Soberanía y cosmopolitismo. V. —
Bibliografía.

I can't listen to that much Wagner. I start getting the urge to conquer Poland.

WOODY ALLEN, *Manhattan Murder Mystery*, 1993.

I.INTRODUCCIÓN

En un trabajo reciente, el profesor Calógero Pizzolo analizó lo que, según su descripción, serían las dos corrientes que conforman la fase descendente del derecho constitucional trasnacional, exponiendo también algunas de las problemáticas asociadas con ellas.¹ Entre las conclusiones de dicho trabajo, el profesor Pizzolo incluyó dos ideas que, a mi juicio, merecen ser discutidas con cierta profundidad.

La primera de ellas es que la fase descendente del derecho constitucional trasnacional importaría una fragmentación de la noción de soberanía, la cual perdería su carácter absoluto e indivisible. Esto lleva a la segunda conclusión de su trabajo, la cual consistiría en que a partir de dicha fragmentación se perdería también el fundamento de la legitimidad fundacional del constitucionalismo, que tiene su centro de gravedad en el concepto de poder constituyente. De ese modo, el derecho

* Una versión previa de este trabajo fue presentada y discutida en las Jornadas de debate sobre Derecho Constitucional Transnacional, organizadas por la Cátedra Jean Monnet y por la Cátedra de Derecho a la Integración a cargo del Dr. Calogero Pizzolo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el día 30 de agosto de 2013. Deseo agradecer a los participantes en esas jornadas, en particular a Calogero Pizzolo y a Agustín Fabricatore, por sus comentarios y observaciones a ese trabajo. Por supuesto, todos los defectos que puedan ser identificados en el texto me son atribuibles con exclusividad.

(*) Abogado (UBA). Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Catedrático *Jean Monnet* de la Universidad de Buenos Aires

¹ Pizzolo, Calogero, “Problemas fundacionales del derecho constitucional trasnacional”, ponencia presentada en el Congreso Internacional “Retos y Desafíos para el Estado Constitucional en la Globalización”, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, 24 al 26 de octubre de 2012.

constitucional transnacional en su fase descendente requeriría de un nuevo concepto de constitución, que no dependería de la noción de poder constituyente, y que recurriría a la propia idea de Derecho como fundamento de su legitimidad.

En el presente trabajo deseo discutir ambas conclusiones. Para ello utilizaré el marco teórico elaborado por el jurista alemán Carl Schmitt en la década del veinte del siglo pasado, cuyas ideas resumiré en el siguiente apartado. En el tercer apartado explicaré por qué el desarrollo del derecho supranacional en el ámbito de la Unión Europea no implica en modo alguno una fragmentación del concepto de soberanía. Finalmente, en el cuarto apartado discutiré la interpretación cosmopolita del Derecho Internacional contemporáneo que Pizzolo parece defender, esperando demostrar que el intento de suprimir la soberanía lleva, en verdad, a consecuencias muy graves e, incluso, sumamente disvaliosas, desde una perspectiva moral.

II. LOS CONCEPTOS DE SOBERANÍA Y DE LO POLÍTICO

Una de los aspectos que requiere especial atención para avanzar en una discusión sobre los temas que propone Pizzolo es el de entender en qué consiste la soberanía, y cómo se relaciona con otros conceptos centrales de la teoría política moderna. Una forma de entender el problema es el de considerar como soberana a una instancia de competencias sobre la cual no exista, a su vez, otra instancia de competencias. Sin embargo, el propio concepto de competencia entra en fricción con el de soberanía. Las competencias presuponen la existencia de una norma que las instituye.² La soberanía, a su vez, no sólo niega la existencia de otras instancias superiores, sino que también niega la existencia de criterios normativos que permitan evaluar las decisiones que toma el soberano.³

A partir de estas consideraciones, podemos entender la definición que Schmitt ofrece sobre el soberano, al afirmar que él es "*quien decide sobre la excepción*".⁴ En la concepción teórica schmittiana la decisión sobre la excepción implica, en lo esencial, un reconocimiento de una situación que, por algún motivo, escapa a la normalidad. El soberano, al reconocer esa coyuntura, toma una decisión que suspende la vigencia de las normas jurídicas, cuya existencia presupone, precisamente, esa situación normal.

² Genaro R. Carrió, "Sobre los límites del lenguaje normativo", en *Notas sobre derecho y lenguaje* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990).

³ Esta forma de entender la soberanía se remonta, por lo menos, hasta Hobbes, pues si "*cada súbdito es (...) autor de todos los actos y juicios del soberano instituido, resulta que cualquier cosa que el soberano haga no puede constituir injuria para ninguno de sus súbditos, ni debe ser acusado de injusticia por ninguno de ellos*". Thomas Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. Manuel Sánchez Sarto (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003), 145.

⁴ Carl Schmitt, *Political theology. Four chapters on the concept of sovereignty*, trad. George Schwab (Chicago: Chicago UP, 1985), 5.

En su obra sobre el concepto de dictadura, Schmitt propuso una distinción entre dictaduras comisariales y dictaduras constituyentes, que puede ilustrar de manera más acabada en qué consiste la excepción, y cómo se relaciona con la soberanía.⁵ En el primer tipo de dictadura, que, como sabemos, era una típica institución romana del período republicano, la suspensión de las reglas vigentes implicaba que, en virtud de la excepción, un dictador gobernaría con plenos poderes durante un cierto período de tiempo, con el objetivo, precisamente, de conjurar ese peligro, y restaurar así la normalidad.⁶

En cambio, las dictaduras constituyentes, cuyo ejemplo más acabado aparece en el período jacobino de la revolución francesa, la normalidad es suspendida pero no para ser restaurada luego en su misma forma, sino para dar paso a una nueva situación normal, esto es, a un orden postrevolucionario.⁷

En cualquier caso, es un *sujeto* el que toma la decisión sobre la excepción, y el mero hecho de la decisión tiene suficiente virtualidad como para hacer retroceder al derecho, y poner a sus normas entre paréntesis. La soberanía, a su vez, y siempre según Schmitt, es un concepto político en la medida en que ella se relacione con el criterio propio de lo político. Como sabemos, para Schmitt, ese criterio es la distinción entre amigos y enemigos.⁸ Esa distinción entre dos grupos humanos, que se oponen combativamente, tiene un carácter *existencial*, en el sentido de que ella no puede ser reducida a distinciones morales (justo o injusto), estéticas (bello o feo), jurídicas (lícito o ilícito) ni tampoco económicas (eficiente o ineficiente). De hecho, podría ocurrir que el enemigo sea justo, bello, respetuoso del derecho e, incluso, que resulte eficiente hacer negocios con él. Sin embargo, entre amigos y enemigos existe una diferencia cuya intensidad es tal, que ella no puede ser resuelta recurriendo a ninguno de los criterios antedichos. Y, en tal sentido, la noción de soberanía supone, precisamente, esa intensidad. La decisión sobre la excepción es, también, existencial.

En su tratado sobre la teoría de la constitución, Schmitt aún con mucha claridad los conceptos de soberanía y de lo político, a través de su desarrollo sobre el concepto de poder constituyente.⁹ En tal sentido, el ejercicio del poder constituyente, la adopción de una decisión constitucional, es entendido como un momento en el cual un sujeto colectivo, por caso el pueblo alemán, se constituye o afirma a sí mismo como tal, diferenciándose así de otros sujetos colectivos, por caso, los otros pueblos europeos. Esa decisión soberana es existencial o política en el sentido básico de que

⁵ Carl Schmitt, *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, trad. José Díaz García (Madrid: Alianza, 1999).

⁶ *Íbidem*, cap. 1. Schmitt analiza en profundidad ciertas figuras propias del derecho público europeo de la modernidad temprana. En el texto, pusimos el ejemplo de la dictadura romana en el convencimiento de que se trata de un institución más conocida que aquellas que fueron objeto de análisis por Schmitt.

⁷ *Íbidem*, caps. 4 y 5.

⁸ Carl Schmitt, *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*, trad. Rafael Agapito (Madrid: Alianza, 1998), 56.

⁹ Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*, trad. Francisco Ayala (Madrid: Alianza, 1982), 93-103.

no podemos explicarla reduciéndola a aspectos estéticos, morales, religiosos, jurídicos o económicos. En la medida en que ese sujeto colectivo retenga la capacidad de tomar esa decisión, esto es, en la medida en que pueda diferenciar entre amigos y enemigos, ese sujeto será soberano.

III. SOBERANÍA E INTEGRACIÓN REGIONAL

Los procesos de integración regional consisten, en lo esencial, en que los estados nacionales delegan facultades o competencias en organismos supranacionales. En tal sentido, es correcto afirmar que muchas competencias, a las cuales siempre se consideró como propias del estado-nación, hoy son ejercidas por organismos que ocupan un espacio que trasciende las fronteras propias de cada unidad política. También es cierto que son las propias constituciones nacionales las que, en muchas ocasiones, incluyen cláusulas que habilitan esa delegación de competencias.

Sin embargo, considerar que ese estado de cosas implicaría una fragmentación de la soberanía, que la haría perder su carácter absoluto e indivisible, es, a mi juicio, ir demasiado lejos. En efecto, creo que no podemos negar la soberanía de los estados europeos por el mero hecho que alguna oficina ubicada en Bruselas ahora tenga la competencia de establecer, en todo el territorio de la Unión Europea, los requerimientos calóricos de los alimentos, o las leyendas que deben incluirse en los empaques de productos de comercialización masiva. La delegación de ciertas facultades, aun cuando ellas puedan tener un impacto muy importante y concreto de la vida de las personas, no debe llevarnos en modo alguno a perder de vista que los estados europeos siguen siendo soberanos. Y lo son porque ellos retienen la capacidad de efectuar la distinción entre amigos y enemigos.

De ese modo, la Unión Europea puede entenderse como un club cuyos miembros, quizás para afrontar los desafíos que implica la globalización económica, decidieron crear ciertas instituciones para incrementar, de ese modo, su poder de regulación sobre la economía.¹⁰ Pero en la medida en que cada estado tenga la posibilidad de, por ejemplo, abandonar el Euro o, incluso, abandonar a la propia Unión Europea, y en la medida también en que las instituciones europeas no estén en condiciones de evitarlo, entonces está claro que no hay tal fragmentación de la soberanía. Ella se mantiene tan absoluta e indivisible como antes.

Por lo tanto, es innegable que el sistema de integración europeo constituye una novedad, digna de ser estudiada a fondo, e incluso, emulada en otras latitudes. Pero me parece igualmente innegable que la integración regional, en su estado actual, no ha mutado el concepto de soberanía. Y, me atrevo a decir, tampoco estará en

¹⁰ En tal sentido, algunos autores sostienen que uno de los fines de la institución del Mercado Común Europeo fue el de mejorar la capacidad de las empresas europeas de competir internacionalmente. Ver, por ejemplo, Jeffrey A. Frieden, *Capitalismo global. El trasfondo económico de la historia del siglo XX* (Barcelona: Crítica, 2007), 378.

condiciones de transformarlo en lo sucesivo. Pienso que ello ocurre porque si en algún momento la Unión Europea tuviera la capacidad de impedir la secesión de sus miembros, entonces estaríamos en presencia de un nuevo sujeto soberano, con capacidad de efectuar la distinción entre amigos y enemigos. Pero si estuviéramos frente a un escenario tal, entonces quedaría claro que a los estados que integran la Unión Europea sólo serían estados de nombre, como ocurre con los estados en los Estados Unidos, y la Unión Europea sería un nuevo estado, aun cuando no quisiéramos darle esa denominación.

En tal sentido, me parece sintomático que en su ponencia, el profesor Pizzolo haya efectuado tan sólo una referencia tangencial a la derrota política que sufrió el Tratado Constitucional europeo. Ese fue el momento en el cual se avizoró la posibilidad de que emergiera una genuina voluntad europea, una verdadera decisión política de un pueblo europeo de constituirse como tal. Sin embargo, ella se vio frustrada porque los diferentes pueblos ubicados en el viejo continente prefirieron mantener su *status* de tales, en lugar de disolverse en una comunidad política mayor. La soberanía, nuevamente, demostró quién tiene la última palabra a la hora de definir cuál es la situación normal imperante en Europa. Fueron los estados, en tanto que comunidades políticas organizadas, las que mantuvieron el *statu quo*, e impidieron el surgimiento de una nueva situación normal.

IV. SOBERANÍA Y COSMOPOLITISMO

Una última cuestión del trabajo del profesor Pizzolo que merece ser discutida es la relativa al papel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el marco del derecho constitucional transnacional. El fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional presenta muchos aspectos distintos. Buena prueba de ello es la diversidad de temáticas que se incluyen bajo dicho rótulo.¹¹ En efecto, por un lado se podría indicar que existe una especie de *homogeneización normativa*, en la medida en que un conjunto de estándares o normas del Derecho Internacional pasan a ser aceptados por prácticamente todos los países del globo, quienes además están dispuestos a reconocer su aplicabilidad judicial por los tribunales locales. Por lo tanto, el derecho internacional habría pasado a ser un *derecho cosmopolita*.

Esta primera lectura, que puede parecer muy tentadora, debe ser, sin embargo, rápidamente descartada. Ello es así que, en verdad, *no existe tal homogeneidad*. En la medida en que los sistemas de protección regionales de los Derechos Humanos son los más dinámicos, sí se puede considerar que efectivamente hay estándares relativamente uniformes dentro de los diferentes bloques, como la Unión Europea o, en América, los países que aceptan la jurisdicción de la Corte Interamericana.

¹¹ A modo de ejemplo, véanse los trabajos reunidos en Griselda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional* (Buenos Aires: EUDEBA, 2012).

Esta característica, por cierto, parece constituir un rasgo común a todo el Derecho Internacional contemporáneo. En la medida en que existen varios tribunales que aplican las diferentes porciones del Derecho Internacional, entonces no es de extrañar que no haya principios uniformes relativamente sustantivos en la materia a nivel universal. Al ser así las cosas, parecería que, una vez más, lo relevante no se refiere tanto a cuál sea el estándar que se utilice, sino quién es el encargado de interpretar y aplicar ese estándar. Las diferentes doctrinas interpretativas que esgrimen la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por un lado, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por el otro, tienen el resultado de que la protección que dispensan los respectivos tratados no es exactamente la misma. Pero ello se debe más a los intérpretes que a los tratados en sí.

Así las cosas, asumir la existencia de un Derecho de la Humanidad, universal y uniforme en todo el globo, sólo podría tener sentido si, al mismo tiempo, se le reconoce a alguna persona o tribunal la autoridad para interpretar y aplicar ese derecho en todo el globo. Una instancia tal sería, por definición, soberana. Sin embargo, ocurriría que esa autoridad soberana estaría revestida de un poder enorme, el de hablar en nombre de la Humanidad. Quien se oponga a ella, también se opondrá a la propia Humanidad. Por lo tanto, en la medida en que no podamos confiar en que el conflicto político desaparecerá, hablar de un Derecho de la Humanidad, o de Derechos Humanos, encierra el peligro de que alguno de los actores en el conflicto intente hablar en nombre de la Humanidad, buscando así mostrar que su enemigo no es humano o que, llegado el caso, es menos que humano.

De ese modo, lo que originalmente era un conflicto entre dos partes iguales en derechos, pasa a ser una guerra sin cuartel entre la Humanidad y sus enemigos. La sola perspectiva de este escenario, que se materializa frecuentemente cuando ciertas potencias efectúan "intervenciones humanitarias" en terceros países, nos invita a que pensemos con mayor profundidad en cuáles son las consecuencias de defender el ideal, quizás en sí mismo bienintencionado, de un derecho cosmopolita.

V. BIBLIOGRAFÍA

Carl Schmitt, *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*, trad. Rafael Agapito (Madrid: Alianza, 1998), 56;

-----, *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, trad. José Díaz García (Madrid: Alianza, 1999);

-----, *Political theology. Four chapters on the concept of sovereignty*, trad. George Schwab (Chicago: Chicago UP, 1985), 5;

-----, *Teoría de la constitución*, trad. Francisco Ayala (Madrid: Alianza, 1982), 93-103;

Genaro R. Carrió, "Sobre los límites del lenguaje normativo", en *Notas sobre derecho y lenguaje* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990);

Griselda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional* (Buenos Aires: EUDEBA, 2012);

Jeffrey A. Frieden, *Capitalismo global. El trasfondo económico de la historia del siglo XX* (Barcelona: Crítica, 2007), 378;

Pizzolo, Calogero, "Problemas fundacionales del derecho constitucional transnacional", ponencia presentada en el Congreso Internacional "Retos y Desafíos para el Estado Constitucional en la Globalización", Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, 24 al 26 de octubre de 2012;

Thomas Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. Manuel Sánchez Sarto (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003), 145;

Comentarios /

EL DERECHO CONSTITUCIONAL SUPRANACIONAL ANTE EL CONCEPTO DE ESTADO SOBERANO

Agustín FABBRICATORE (*)

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis sobre algunos aspectos del derecho constitucional transnacional en base a una investigación realizada por el Catedrático Jean Monnet Dr. Calogero Pizzolo en una publicación reciente¹ como así también algunas consideraciones asociadas al mismo realizadas por otro colega.² Por último se trabaja el concepto en base a algunas consideraciones sobre la UE.

Debemos partir de la base que el ser humano a lo largo de la historia ha demostrado tener una vocación integradora, desarrollando diversas manifestaciones, desde la unión en pequeñas tribus hasta la compleja formación de las sociedades modernas.

Desde esa perspectiva, hoy nos enfrentamos a un nuevo concepto que surge y avanza: Derecho Constitucional Transnacional, que atiende a una nueva forma de relacionarse entre los Estados y los ordenamientos jurídicos internos. Claro ejemplo de ello es la UE.

Conceptos clásicos como soberanía, poder constituyente o bien el de supremacía de la constitución nacional se ven sustancialmente modificados, no desvirtuados.

Según lo expuesto por Podestá Costa Ruda la soberanía, a fin de aproximarnos al concepto, es la función de regir al Estado, ejercida por el poder público dentro de su respectivo territorio, con exclusión, de cualquier otro poder.³

Hans Kelsen por su parte afirma respecto de la soberanía que no es una propiedad perceptible sino un presupuesto: *"el presupuesto del orden normativo como orden supremo no derivable, en su validez, de ningún orden superior"*.⁴

La soberanía en el plano internacional, según Barboza, encuentra sus límites naturales en la igualdad soberana de los Estados y en el propio derecho internacional,

(*) Prof. Adjunto Interino de la materia Derecho de la Integración en la Universidad de Buenos Aires y docente de la materia Elementos de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires.

¹ Pizzolo, Calogero, "Problemas fundacionales del derecho constitucional trasnacional", ponencia presentada en el Congreso Internacional "Retos y Desafíos para el Estado Constitucional en la Globalización", Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, 24 al 26 de octubre de 2012

² Una versión previa de este trabajo fue presentada y discutida en las Jornadas de debate sobre Derecho Constitucional Transnacional, organizadas por la Cátedra Jean Monnet y por la Cátedra de Derecho a la Integración a cargo del Dr. Calogero Pizzolo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el día 30 de agosto de 2013. Deseo agradecer a todos los colegas que participaron, en especial a Pedro Caminos,, por sus comentarios y observaciones.

³ Podestá Costa, LA y Ruda, José María, Derecho Internacional Público, Tº I Pág. 66 Tipográfica Ed. Argentina (TEA), Buenos Aires, 1988

⁴ Kelsen, Hans, Principios del Derecho Internacional Público, Pág. 129, El Ateneo, Buenos Aires, 1965.-

que impone a éstos obligaciones. La soberanía debe ser tomada en el derecho de gentes en un sentido relativo como una soberanía limitada, por contradictorios que ambos términos parezcan. De otro modo, no admitiría una coexistencia entre iguales, puesto que concebida en términos absolutos la soberanía solamente podría ser patrimonio de un único Estado.⁵

El árbitro Huber en el caso Isla de Palmas, parece aceptable: "*La soberanía en las relaciones entre Estados significa su independencia*".⁶ El Estado no está sometido a ninguna autoridad superior y de ello se deducen dos importantes conceptos:

- En su relación con el derecho internacional, las limitaciones a la soberanía estatal no se presumen, como lo dijo la CPJI (Corte Penal de Justicia Internacional) en el asunto Lotus⁷.
- En su relación con otros Estados, tiene la facultad de restringir su propia soberanía, ya sea a través de tratados, ya sea por actos unilaterales, como también lo afirmó la misma CPJI en el asunto vapor de Wimbledon.: "*La Corte se niega a ver en la conclusión de un tratado cualquiera, por el cual un Estado se compromete a hacer o a no hacer algo, un abandono de la soberanía... pero la facultad de contraer compromisos unilaterales es, precisamente, un atributo de la soberanía estatal.*"⁸

El soberano está sometido inmediatamente al orden jurídico internacional, a diferencia del ya citado caso de los Estados de un Estado federal o del individuo, que normalmente lo está en forma indirecta. Inmediatez significa que entre el Estado y el derecho el derecho de gentes no hay intermediario: no es soberano un Estado que cedió el manejo de sus relaciones exteriores a otros Estados, por Ejemplo a través de un tratado.

La soberanía estatal es un verdadero principio constitucional de la comunidad internacional, ya que con su descentralización forma el anverso y el reverso de la misma moneda.

El problema de la continuidad en la identidad de un Estado se presenta cuando hay un cambio importante en alguna de las condiciones que sustentan su personalidad internacional: el territorio, la población, o el gobierno. La CPIJ en el caso Tinoco⁹ decidió que las obligaciones contraídas por un Estado no se ven afectadas por un cambio de gobierno, aún provenientes de un golpe de Estado.

⁵ Barboza, Julio, Derecho Internacional Publico, Pág.287, Zavalía, Buenos Aires, 2008.

⁶ Sentencia arbitral de 4 de abril de 1928, en el asunto de la Isla De palmas, tribunal permanente de arbitraje, árbitro único Max Huber (Países bajos c. Estados Unidos).

⁷ S.S. Lotus [1927] Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. A, No. 10

⁸ Wimbledon [1923] Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. A, No. 1

⁹ TINOCO. Laudo arbitral del árbitro único Willam H. Taft (Gran Bretaña vs. Costa Rica)

EL DERECHO CONSTITUCIONAL SUPRANACIONAL ANTE EL CONCEPTO DE ESTADO SOBERANO

Analizado el concepto de soberanía debemos tener en cuenta que hay una transnacionalización es su fase descendente. Se produce un espacio distinto al Estado Nación. En efecto conceptos clásicos como soberanía, poder constituyente o bien el de supremacía constitucional son el producto de realidades particulares vinculadas al propio Estado Nación.¹⁰

El espacio nacional cede al arrollador impulso de la globalización, que se materializa tanto en el fortalecimiento global como universal, como del espacio regional. La interconexión pasa de ser económica a política.

Existe un quiebre en el concepto de soberanía, en la medida que el resultado pugna entre poderes para imponer su supremacía.

Dado el avance en la actualidad en la UE, las propias constituciones son las que autorizan mediante fórmulas de atribución la salida de competencias hasta entonces consideradas como propias o naturales de los Estados. Son las denominadas formulas constitucionales habilitantes, que constituyen una nueva y no menos importante categoría para el derecho constitucional transnacional.

La fórmula constitucional habilitante manifiesta la intención, la expresión de un acto voluntario del titular soberano (El Pueblo) en muy variadas modalidades, de formar parte de un proceso de integración regional. La atribución de competencias, por ejemplo, hace posible la unión monetaria y financiera que algunos Estados de la UE han alcanzado a partir de la adopción del Euro como moneda única, es la expresión más acabada.¹¹ Hay un acto voluntario de norma fundamental que implica apertura para la conformación de un esquema regional mediante la atribución del ejercicio de competencias soberanas. Se identifica una verdadera voluntad integracionista. Se trata de una formula completa y con menos posibilidades de general conflicto con la soberanía estatal.

La fórmula constitucional detonante, como su propio concepto lo dice, no hay una verdadera voluntad de incorporarse al esquema regional. Implica solo una mera declaración del soberano en su norma fundamental. No se desarrolla ninguna acción integracionista aludiendo a alguna figura jurídica que permita la salida de competencias desde la orbita estatal, ni se disciplina básicamente la actividad que se debe llevar a cabo en la materia.

En este punto el Prof. Caminos¹² afirma que hay una fragmentación del concepto soberanía, que haría perder su carácter absoluto e indivisible, considerando al mismo como una unidad conceptual. No hay distinción entre contenido y titularidad.

¹⁰ Pizzolo, Calogero, "Problemas fundacionales del derecho constitucional transnacional", ponencia presentada en el Congreso Internacional "Retos y Desafíos para el Estado Constitucional en la Globalización", Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, 24 al 26 de octubre de 2012

¹¹ Pizzolo, Calogero. Derecho e Integración Regional, Pág. 212, Ed. Ediar, 2010, Buenos Aires.

¹² Caminos, Pedro, Soberanía y Política. Comentarios críticos a "Problemas Fundacionales del Derecho Constitucional Transnacional, Inédito, 2013.

La realidad desde mi punto de vista estoy en condiciones de afirmar que en todo caso hay una fragmentación del concepto soberanía a partir de la Segunda Guerra Mundial. El concepto de soberanía no puede considerar una unidad, debe fragmentarse, distinguiendo la titularidad del ejercicio de la soberanía. Tal es así, que si quisiera retirarse un Estado de la UE, no pierde la titularidad de las competencias soberanas.

La UE mediante la implementación de las instituciones supranacionales, que se encuentran por encima de los Estados, cuyo principal objetivo es promover el interés general de la región, se introduce en todas y cada una de las actividades del ciudadano de la UE. Ejemplo claro de ello es la Comisión Europea.

Las instituciones supranacionales tienen facultades coercitivas sobre los Estados, además de tener capacidad de emitir normativa con efecto vinculante. Las decisiones se toman por mayoría y no por consenso como ocurre en las estructuras intergubernamentales. Tal es así que una institución como el Consejo en el marco de la UE tiene una doble mayoría dado que para aprobar una norma se necesita el apoyo del 55 % de los Estados que represente el 65 % de la población. Esto conlleva a que no haya una mayoría de pequeños o grandes Estados.

Otro claro ejemplo de ello puede observarse mediante el procedimiento legislativo ordinario donde participan tres instituciones: la Comisión, que representa a la UE, el Parlamento, que representa a la Ciudadanía y el Consejo que representa a los Estados. Mediante un mecanismo de triple lectura se garantiza uno de los actos legislativa que representa la máximo expresión del derecho supranacional. La voluntad del soberano se encuentra plasmada y representada.¹³

Otro aspecto a tener en cuenta es que las decisiones que se toman en las instituciones supranacionales traspasan el plano económico y pasan a regular toda la vida cotidiana de los Estados y ciudadanos de la UE. Los Estados de la UE son soberanos, pero el ejercicio, reitero, el ejercicio de las competencias soberanas las ejercen estas instituciones que tienen en cuenta el interés general de la región y no de un Estado, grupo o sector económico.

La Directiva, que es una norma que establece obligaciones de medio y no de resultados. Determina los objetivos que deben alcanzar los Estados de la Unión Europea mediante la normativa que emitan en sus ordenamientos jurídicos internos. Hay una relación de armonización entre la normativa que establecen las instituciones

¹³ Tratado sobre funcionamiento de las Instituciones de la UE. Art. 289 “El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión. Este procedimiento se define en el artículo 294. 2. En los casos específicos previstos por los Tratados, la adopción de un reglamento, una directiva o una decisión, bien por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, bien por el Consejo con la participación del Parlamento Europeo, constituirá un procedimiento legislativo especial. 3. Los actos jurídicos que se adopten mediante procedimiento legislativo constituirán actos legislativos. 4. En los casos específicos previstos por los Tratados, los actos legislativos podrán ser adoptados por iniciativa de un grupo de Estados miembros o del Parlamento Europeo, por recomendación del Banco Central Europeo o a petición del Tribunal de Justicia o del Banco Europeo de Inversiones”.-

supranacionales y los Estados internos. Claramente aquí no se ve desvirtuado el concepto de soberanía.

Por otra lado, revisando la historia de la UE, nunca quedaría conformado un grupo de Estados de Nombre. Prueba de ello es el fracaso de la Constitución Europea. Muchos Estados de la UE no aceptaron una normativa originaria del Esquema regional donde se utilice el termino Constitución Sin perjuicio de ello, el 97,5% del tratado que daría origen a la Constitución Europea ha sido incorporado mediante el Tratado de Lisboa. Solamente, lo cual no es poco, se sustituyó el concepto de Constitución por el de Tratado.

Por último y como un mecanismo de consolidación del derecho constitucional transnacional no nos debemos olvidar en el marco de la UE del Tribunal de Justicia de la UE.

En la práctica significa una traslación de competencias, sobre todo jurisdiccionales, que terminarán por convertir a los ordenamientos jurídicos integrados, lejos de la forma uniforme del pasado en modernas formas duales donde los sistema de fuentes dejarán de referenciar de manera primaria al derecho interno para cohabitar con normas básicas de referencia foráneas, esto es, con normas con capacidad de desplazar a otras formas sin ser posible que las mismas sean desplazadas

El Tribunal de Justicia lleva a cabo una tarea importantísima en el ámbito de la construcción europea, favoreciendo una mayor integración entre los Estados miembros y la ciudadanía que reside en el territorio de los mismos.

Mediante la cuestión prejudicial prevista en el Art. 267 del Tratado sobre funcionamiento de las Instituciones de la UE¹⁴, este Poder Jurisdiccional Supranacional profundiza en diálogo con los organismos jurisdiccionales nacionales en distintas instancias y ordenes. A diferencia de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ergo además cabe destacar que este último actúa subsidiariamente), la cuestión prejudicial forma parte del procedimiento interno, siendo de carácter obligatoria su aplicación y pautas de interpretación.

Los Jueces de órganos jurisdiccionales nacionales pasan a ser jueces de la UE. Me atrevería a solicitar mediante la normativa pertinente que los Jueces Nacionales tomen juramento como jueces de su especialidad en la UE. Le otorgaría mayor

¹⁴ Art 267 TFUE: Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad

envergadura al Derecho de la UE. Esta homogeneidad jurídica en la región garantiza asimismo un mayor respeto a los derechos fundamentales en la UE y pautas de interpretación unívocas, otorgando mayor seguridad jurídica a la región. No veo limitada la soberanía en este aspecto, toda vez que se le atribuye el ejercicio de la competencia soberana de interpretar el Derecho de la UE, sin resolver la cuestión de fondo.

El carácter ejecutivo de las sentencias permite consolidar dentro del espacio regional un órgano jurisdiccional

La consolidación de mecanismos jurisdiccionales de control contribuyen a la erosión de la rigidez de la soberanía imponiendo el respeto de las obligaciones internacionales asumidas en los esquemas regionales.-

A modo de conclusión el concepto de soberanía se ve fragmentado, lo cual no genera inconveniente si podemos distinguir los conceptos titularidad y ejercicio, no siendo un inconveniente que conforme su identidad por conformar parte de un esquema regional. Prueba de ello es la UE.

BIBLIOGRAFÍA

- Barboza, Julio, Derecho Internacional Publico, Pág.287, Zavalía, Buenos Aires, 2008;
- Caminos, Pedro, Soberanía y Política. Comentarios críticos a "Problemas Fundacionales del Derecho Constitucional Transnacional, Inédito, 2013;
- Kelsen, Hans, Principios del Derecho Internacional Público, Pág. 129, El Ateneo, Buenos Aires, 1965;
- Pizzolo, Calogero, "Problemas fundacionales del derecho constitucional trasnacional", ponencia presentada en el Congreso Internacional "Retos y Desafíos para el Estado Constitucional en la Globalización", Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, 24 al 26 de octubre de 2012;
- Pizzolo, Calogero. Derecho e Integración Regional, Pág. 212, Ed. Ediar, 2010, Buenos Aires;
- Podestá Costa, LA y Ruda, José María, Derecho Internacional Público, Tº I Pág. 66 Tipográfica Ed. Argentina (TEA), Buenos Aires, 1988.

Doctrina /

EL DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL

Marcelo FIGUEIREDO (*)

SUMARIO: I. — Consideraciones introductorias. II. — Algunos argumentos para el constitucionalismo global y la influencia de los estándares internacionales en el orden constitucional. III. — Derecho internacional vs. derecho interno. El tema de la soberanía. IV. — Las constituciones latinoamericanas y el derecho internacional de los derechos humanos. V. — La situación de Brasil en este escenario. VI.- El Supremo Tribunal Federal y los tratados internacionales de derechos humanos. VII. El "activismo" judicial brasileño en el tema de los derechos fundamentales o derechos humanos. VIII.- El transconstitucionalismo y sus desafíos actuales. IX.- Bibliografía.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Sabemos todos que uno de los más importantes elementos en que se basa la Unión Europea es sin duda el *respeto a los Derechos Humanos* y la plena validez de las libertades públicas.

También si no estamos engañados, solamente a partir de 1986 hubo una preocupación normativa explícita con esos temas que resultó en el Acta Única Europea que modificó el Tratado de Roma y después el Tratado de Maastricht de 1992, que introdujo un nuevo artículo ("F"), que establecía: "La Unión respetará los derechos fundamentales tal como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (...) tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

Así que en el límite la violación "*grave*" por un Estado miembro de los Derechos Humanos y de los principios de libertad, democracia y Estado de Derecho puede llevar al procedimiento de suspensión de derechos derivados de la aplicación del Tratado de la Unión Europea, incluidos los derechos de voto de representante de dicho Estado miembro en el Consejo, previsto en el art. 7 TUE.

(*) Marcelo Figueiredo es abogado, consultor jurídico, profesor asociado de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Brasil, donde es actualmente el Decano reelecto de su curso de Derecho. Es profesor invitado por diversas Universidades extranjeras y autor de numerosas obras en Brasil y Latinoamérica. Es igualmente Presidente de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas- ABCD, sección brasileña del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con sede en México. Es también miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL-AIDC) en la calidad de jurista brasileño. E-mail:mfigueiredo.adv@uol.com.br

No cabe duda que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha venido desarrollando una importante jurisprudencia en relación con el reconocimiento de los derechos humanos y su protección en el Derecho Comunitario.

Como sabemos, según la jurisprudencia del TJCE, los derechos fundamentales y humanos forman parte del ordenamiento jurídico comunitario y el Tribunal de Justicia tiene competencia para asegurar su respeto.

El juez comunitario hoy en Europa se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los Derechos Humanos según las disposiciones contenidas en el CEDH.

El desarrollo fuerte de los Derechos Humanos en Europa parece apuntar para ese hecho. El respeto de los Derechos Humanos es una condición de validez o de la legalidad de los actos comunitarios.

Los Estados están todos vinculados a esa política de aplicación de los Derechos Humanos y fundamentales. De esta forma, los Estados miembros, cuando aplican las normas comunitarias, tienen obligación de interpretar el derecho nacional de acuerdo con el derecho comunitario por intermedio de la cuestión prejudicial.

En Latinoamérica esta cuestión no se plantea, pues como todos sabemos, no se puede hablar aun en un derecho comunitario en la región. Hay eso sí un derecho de integración, y sobre el se recomienda leer a Calogero Pizzolo¹.

No podemos dejar de lado la importancia de la "Carta Europea de los Derechos Fundamentales" y su relación con las Constituciones Nacionales. El Profesor portugués J. C. Vieira de Andrade², en la obra aquí citada, afirma que la Carta, independientemente de su inserción formal o no, en los Tratados, deberá en cualquier hipótesis configurar una fuente normativa de la Comunidad o de la Unión Europea y siempre habrá de constituir, por ello, derecho comunitario primario.

La Carta, en opinión de Vieira de Andrade, será un instrumento de prolongación de la protección de los derechos fundamentales ya contenida en los tratados, teniendo en cuenta el amplio alcance que les ha dado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en varios casos (*Acórdão Internationale Handelsgesellschaft, Nold, Rutili, Hauer, Wachauf* y otros).

Afirma que la Carta establecerá un catálogo de derechos fundamentales que servirá como parámetro de validez y criterio de interpretación y aplicación de todo el derecho comunitario, particularmente del derecho comunitario derivado, regulando por un lado, las actuaciones de los órganos de las *instituciones europeas*, y por el otro, las *actuaciones de los países europeos*.

¹ Calógero Pizzolo, "Derecho e Integración Regional", Editora Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2010.

² José Carlos Vieira de Andrade, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4ª edição, Ed. Almedina, 2009,

Afirma: (..) "Así, los ciudadanos de los Estados miembros son titulares de derechos consagrados en la Carta y pueden invocarlos ante las autoridades nacionales cuando éstas actúen en el entorno de las materias comunitarias, sin necesidad de ningún acto estatal (interno) de recepción, o siquiera de regulación, si fueren derechos inmediatamente exigibles".

Como muy bien lo explica Alvaro Rodríguez Bereijo³, hoy la Unión Europea se define también como un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en la que el ciudadano y sus derechos deben ocupar un papel central. En ese contexto la Carta, como sistema de valores comunes, representa, como ya he expresado (Bereijo), un paso muy importante en el proceso de construcción europea.

El mismo autor en su pequeño pero denso libro "El valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del tratado de Niza"⁴ donde retiramos muchas ideas y conceptos presentados, afirma que la Carta ha comenzado ya a desplegar sus efectos como instrumento del ordenamiento jurídico comunitario.

Recuerda que 1º) en el informe sobre Austria de los tres sabios, Ahtisaari, Frowein y Marcelino Oreja, para examinar - dentro del marco de la posible aplicación del procedimiento previsto en el art. 7 del Tratado de la UE para el caso de una violación grave y persistente de los principios democráticos y de los derechos fundamentales por parte de un Estado miembro- el compromiso del Gobierno austríaco con los valores comunes europeos, en particular los relativos a los derechos de las minorías, de los refugiados y de los inmigrantes.

2º) La Carta ha sido ya invocada en instancias jurisdiccionales comunitarias: primero en opiniones del Abogado General en causas ante el TJCE como apoyo a su conclusión respecto a la existencia de una vulneración de un derecho fundamental de la UE (aplicación de pena por la comisión disciplinaria y vistas las pruebas, varias faltas graves cometidas En el caso 270/99 PZ vs. Parlamento Europeo el Abogado General Jacobs dice en su opinión de 22 de marzo de 2001: "La Carta aunque no sea jurídicamente vinculante, proclama como un principio generalmente reconocido en su art. 41.1 el derecho de toda persona a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente dentro de un plazo razonable". Se argumentaba sobre la aplicación del derecho a una buena administración; y En el caso 359/99, P. Heidi Hautala se trata de una petición de la parlamentaria europea Sra. Hautala para acceder al informe de un grupo de trabajo del Consejo (exportación de armamento) que el Consejo Europeo, al autorizar como legales dichas exportaciones, había declarado secreto. El Tribunal de Primera Instancia le había dado la razón, reconociendo su derecho a la información y al acceso al conocimiento de los

³ Álvaro Rodríguez Bereijo, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", publicado en Noticias de la Unión Europea, nº 192, enero de 2001, páginas 9 a 20.

⁴ Editado por la Universidad de Castilla-La-Mancha, Gabinete del Rector, Ciudad Real. El trabajo constituye la conferencia inaugural de los II Cursos de Postgrado en Derecho para Iberoamericanos, organizados por la UCLM, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, en enero de 2002, Facultad que tuvo la honra de también dar algunas charlas.

criterios establecidos por el Consejo para autorizar la exportación del armamento. El Consejo Europeo recurrió la sentencia ante el Tribunal de Justicia.

El abogado General Philippe Léger, en sus conclusiones de 2001, afirma que según los términos de art. 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, "todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Considera que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario. (...) La calificación como derecho fundamental atribuida en la Carta y en las conclusiones del Abogado General constituyen un progreso de extraordinaria importancia en el reconocimiento de lo que en los Tratados (art. 255 TCE) es este derecho dentro del ordenamiento jurídico comunitario.

3º) En el caso 173/99, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) vs. Secretary of State for Trade and Industry*, el Abogado General Antonio Tizzano ha planteado abiertamente y con toda profundidad la cuestión del valor jurídico de la Carta a propósito de si el derecho a una paga anual por permiso (paga por vacaciones), es un derecho social fundamental.

Por fin el autor recuerda que el Tribunal Constitucional español en la STC 292/2000, FJ 8º al examinar la constitucionalidad de la ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal se ha referido al Artº 8 de la Carta para apoyar la determinación del contenido constitucionalmente declarado del derecho a la protección de los datos personales que garantiza el art. 18.4 de la Constitución española, a cuyo tenor "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos", dentro del cual la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha subsumido el reconocimiento de aquél derecho fundamental⁵.

En relación al tema de la integración, al menos en Europa creemos que razón tiene Javier García Roca⁶ para quien la integración europea, entraña un momento centrífugo de la estatalidad, de transferencia de competencias y soberanía, y supone una seria limitación de los Estados constitucionales, especialmente, en materia de Derechos Humanos, « el Estado constitucional contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente y por lo tanto limitado en idéntica perspectiva».

Correcta la observación aguda de Javier García Roca, para quien la integración que debe realizarse desde los imperativos que emanan del principio democrático. "Entiendo que estamos ante una nueva regla de división de poderes en cuanto entraña una contención del poder estatal soberano mediante contrapesos externos. La

⁵ Ob. Cit. "El valor"...página 59.

⁶ Javier García Roca, "El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración", Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2010, página 31

integración europea acaba por transformar esencialmente los mismos elementos constitutivos del Estado: Derecho, pueblo, territorio e soberanía”.

“La construcción clásica de la idea de soberanía no elimina las ideas de justicia y límites que emanan de algunas libertades, salvando las distancias entre los muy diferentes contextos históricos y sistemas jurídicos.

En nuestros días, esos límites derivan de las Constituciones, que disciplinan la forma de ejercicio del poder, tanto como de los tratados internacionales, libremente aceptados por los Estados, que restringen su capacidad interna y soberana de decisión.

Singularmente para nuestros fines, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La soberanía no puede ser ilimitada, por definición, en unos Estados determinados por sus Constituciones y por diversos tratados acerca de derechos, en especial, aquellos que sirven a su integración en formas políticas más amplias.

Atribuir jurisdicción sobre derechos fundamentales a un órgano internacional, el TEDH, es una evidente forma de autolimitación de los Estados en el ejercicio de sus potestades decisorias y de sus competencias jurisdiccionales”⁷.

Es curioso cómo Europa (occidental) y sus países que albergan buena parte de la historia de defensa de los Derechos Humanos en pleno siglo XXI, necesita todavía de límites importantes para contener al ejercicio del poder y además ha construido con creatividad y paciencia su derecho comunitario y sus respectivas Instituciones de apoyo y control.

Es decir, los Derechos Humanos y su control jurisdiccional externo (a las naciones) todavía juegan un rol importante por intermedio del Convenio y la Carta. Nosotros latinoamericanos siempre imaginamos que las Constituciones nacionales europeas serían con sus jurisdicciones suficientes, para contener los abusos del poder y de los gobiernos. Pero la realidad revela que esa todavía es un hecho en construcción.

Por último aunque no trataremos principalmente del tema de integración vale la pena registrar que la integración europea, en la distintas variantes que suponen el Consejo de Europa y la Unión Europea, entrañan sendos procesos que condicionan a los Estados constitucionales, restringiendo sus facultades decisorias, y suponen una transferencia fragmentaria de soberanía o cuando menos de competencia a una entidad supranacional⁸.

⁷ Garcia Roca, Ob. Cit. Página 34.

⁸ Creemos que Europa es un continente de mayor heterogeneidad cultural aunque con unos valores que, en líneas generales, pueden considerarse compartidos. A Unión Europea fomenta la unidad pero busca conservar concomitantemente la diversidad desde la tolerancia y la solidaridad. El instrumento jurídico para alcanzar ese objetivo parece ser el derecho comunitario europeo. Aunque la Declaración de Laeken sea sin duda importante no discutiremos la Constitución Europea (2004) que todavía no es una realidad concreta, más un importante paso al futuro para una readecuación del derecho comunitario en Europa. **Ingo Pernice** afirma: “ (...) The European Union,

Pero parece que ese proceso no significa una retirada de poderes o de competencias solamente sino que es mucho más. Los países europeos hoy aparentemente gozan de una cultura común, un elemento cultural compartido bajo sus diferencias políticas, una teoría de los derechos común en sus rasgos principales como factor de integración.

Así debemos recordar que la Unión Europea no substituye a los actuales Estados pero es más que cualquier organización internacional, lo que la hace única.

La UE no constituye un nuevo sujeto de Derecho Internacional dotado de soberanía que se subroga en la de los Estados. Mejor dicho, la supranacionalidad de la UE significa que los Estados mantienen su existencia y la titularidad de su soberanía, pero ven como las decisiones de la UE, en el ámbito que le corresponde, se imponen y prevalecen. La UE no ostenta competencias ilimitadas sino que actúa dentro de las parcelas que tiene asignadas⁹.

Como dice Garcia Roca¹⁰, "Es un Derecho esencialmente de creación jurisprudencial en virtud del acceso directo en amparo de los propios justiciables, y no de los Estados, lo que da a la jurisdicción europea un carácter más capilar y difuso, fundado en dicha amplísima legitimación subjetiva. Y es un Derecho en el que tampoco pueden desdeñarse las aportaciones doctrinales, al igual que ocurrió con la construcción clásica del Derecho común".

Pero nos interesa más de cerca la realidad latino-americana y especialmente de nuestro país, el Brasil.

II. ALGUNOS ARGUMENTOS PARA EL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL Y LA INFLUENCIA DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

which is not a state but a supranational polity based upon states and binding their respective constitutions together into what I would call a composed constitutional system ("Verfassungsverbund"). Multilevel constitutionalism is a theoretical approach to conceptualize the "constitution" of this system as an interactive process of establishing, organizing, sharing, and limiting powers- a process which involves national constitutions and the **supranational constitutional framework** as two independent elements of one legal system. The European constitution, thus, is the progressive establishment and development of this multilevel system composed of the national constitutions as a basis and the evolving European primary law as a complementary constitutional layer. In this light the Treaty of Lisbon, including the efforts to bring it into force, can be understood as a case of multilevel constitutionalism in action. ("The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action" (Humboldt University of Berlin, www.whi-berlin.de))

⁹ Sin embargo, la influencia del Parlamento Europeo ha crecido significativamente frente a los parlamentos nacionales de los diferentes países de Europa. Estos, a su vez se han quedado cada vez más preocupados con las necesidades y con la posibilidad de no influir más y no ser un marco de las políticas implementadas a nivel europeo, y también en su proceso de decisión. El número de enmiendas constitucionales realizadas en cada estado nacional de Europa también demuestra la creciente importancia que han asumido las políticas europeas en los parlamentos nacionales.

¹⁰ Ob.Cit.página 46.

Creemos que el derecho constitucional del siglo XXI no es el Derecho Constitucional de la Constitución solamente sino de la Constitución abierta (Haberle y Hesse). No es tan intervencionista sino pos intervencionista y descansa en la procesalización para permitir el pluralismo, la transformación, la diferencia y, también, la libertad, un espacio de diálogo desde la cultura de la democracia.

Se habla de un constitucionalismo *global*. No se trataría de un mero cosmopolitismo fugitivo, dirigido a liquidar las diferencias nacionales o los elementos del Estado, sino de la puesta en marcha de una nueva idea del derecho que permita la posibilidad de solapamientos e interacciones entre diversos sistemas legales, sin que ello tenga que suponer, necesariamente, una rígida subordinación de unos frente a otros, o con respecto a terceros sistemas. Todo ello, precisamente favorecería la convivencia multicultural a la vez que permitiría orientar las técnicas constitucionales de controles y límites a los poderes en una dirección que pudiera ofrecer respuestas globales a problemas globales. En esta dirección de pensamiento véase Gerardo Pisarello¹¹.

Los elementos para este nuevo orden jurídico global serían al menos los siguientes: a) los Derechos Humanos o fundamentales b) las necesidades básicas para el pueblo; c) el multiculturalismo; d) el medio ambiente; f) la democracia; g) la seguridad internacional.

No tenemos tiempo aquí de desarrollar cada uno de estos elementos. Creemos que basta mencionarlos como integrantes de un nuevo orden global posible.

En este mismo universo de ideas o mismo tal vez como precursor de ellas, existe la interpenetración recíproca del derecho constitucional y del derecho internacional. El derecho supranacional en América Latina también aparece en ese escenario¹².

Existen dos movimientos respecto a la influencia de lo "internacional" en lo "constitucional" y viceversa. En América Latina y en Europa (especialmente en Europa con mucho más vigor) los estándares provenientes del exterior influyen sobre el orden constitucional. Aquí se presenta la Constitución como objeto de influencia de tales estándares externos. Por otro lado, la Constitución se presenta como sujeto activo que se abre hacia el exterior para así acoplarse con los estándares de derecho internacional.

¹¹ Gerardo Pisarello, "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", In, Carbonell Miguel y Rodolfo Vázquez (compiladores), *Estado Constitucional y Globalización*, México, Porrúa, UNAM, 2001, pg. 352 y siguientes.

¹² Sobre esta materia se puede consultar nuestro trabajo "A Universalidade dos Direitos Humanos y temas conexos. A posição do Brasil no cenário dos direitos humanos na América Latina. A relação entre o direito constitucional e o direito internacional. O sistema interamericano de proteção de direitos humanos na América Latina e no Brasil", no prelo. En el traemos a colación varios ejemplos de la globalización de los Derechos Humanos y de esta interpenetración avanzada del derecho internacional en el derecho constitucional en toda Latinoamérica en mayor o menor grado.

Con razón Matthias Herdegen¹³ cuando afirma que una mirada general a los más recientes desarrollos pone claro que ante todo son tres fuerzas del Estado y de la Constitución las que urgen una apertura hacia los estándares internacionales:

- La protección de los Derechos Humanos;
- El aseguramiento de estándares democráticos; y
- Los principios jurídicos del orden económico internacional.

Estos estándares internacionales aseguran en su núcleo los elementos esenciales de aquello que en la actualidad denominamos *good governance*.

Sustenta el profesor alemán que las influencias normativas externas sobre las estructuras constitucionales individuales son diversas. Los nuevos desarrollos sobre Derechos Humanos no sólo obligan continuamente a ajustar el derecho ordinario, sino también el derecho constitucional. En el marco de la relación del ordenamiento constitucional con estándares internacionales se ponderan a menudo intereses de forma diferente, lo cual puede generar tensiones.

Un tipo de constitución y una interpretación constitucional elástica, que dotan de permeabilidad al orden jurídico fundamental en pro de los estándares internacionales, tienen mejor capacidad de respuesta frente a estas tensiones.

De otro lado, dice, la Constitución y los estándares de derecho internacional se relacionan a menudo de manera simbiótica. Los Derechos Humanos fortalecen la protección de los derechos fundamentales en el orden interno. No obstante, también aquí, en el marco de relaciones multipolares, pueden producirse tensiones con el orden nacional de los derechos fundamentales. Los casos de protección de la esfera privada contra intromisiones de terceros o aquellos casos relacionados con la protección de la vida del embrión pueden dar lugar a ponderaciones divergentes de los respectivos intereses individuales.

Estos estándares internacionales apuntan a la conformación de un orden jurídico comprometido con la dignidad y la libertad de la persona, así como con el bienestar de las naciones¹⁴.

Como este seminario también se propone discutir la relación entre el derecho internacional *versus* el derecho interno, y los problemas que surgen con la teoría (tradicional) de la soberanía (ítem I arriba mencionado) vamos a referirnos a este tema a seguir.

¹³ Matthias Herdegen, "La Internacionalización del orden constitucional", In, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2010, Uruguay, página 71 y siguientes.

¹⁴ Ob.Cit. pg. 73.

III. DERECHO INTERNACIONAL VS. DERECHO INTERNO. EL TEMA DE LA SOBERANÍA

Con la creación de los diversos sistemas internacionales, tenemos también la creación de una producción jurídica que tiene por efecto y resultado normas jurídicas como tratados y pactos de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y muchos otros.

El problema todavía principia a partir del momento en que el Estado necesita establecer la premisa a partir de la cual debe aplicar los criterios internacionales en su derecho constitucional.

Hay un consenso entre los Estados democráticos que las Constituciones de Estados de Derecho deben solidificar la importancia y la supremacía o importancia de los tratados internacionales de Derechos Humanos con relación al derecho interno si posible estableciendo una superioridad jerárquica para proteger los Derechos Humanos globalmente.

Sabemos que los Estados, en especial después de la segunda guerra mundial, establecerán su ordenamiento jurídico preocupado para el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos y sujetos a la jurisdicción *de los propios Estados*.

Creemos que la tutela esencial de los Derechos Humanos corresponde a los Estados en su ámbito interno, ya que es indudable que los organismos internacionales sólo desarrollan una función, desde luego de gran importancia, pero exclusivamente subsidiaria y complementaria.

En América Latina los ordenamientos constitucionales contemporáneos produjo una progresiva pero lenta internacionalización de los derechos fundamentales, con la incorporación de tratados internacionales especialmente después de los regímenes militares que prolongaran-se hasta finales de la década de 80 en la mayoría de los países de la región¹⁵.

Ocurre que diversamente del derecho interno, el derecho internacional no está cimentado en el poder del pueblo, pero si en la soberanía del Estado constituido. Ese poder está en el ámbito externo, en las relaciones entre los Estados, y todos los Estados son, como sabemos, "igualmente" soberanos, al menos jurídicamente.

¹⁵ Respecto a la situación en México, véase especialmente Hector Fix-Zamudio, "Protección jurídico-constitucional de los Derechos Humanos de fuente internacional", página 1727 y siguientes, de la obra, "Derecho Constitucional para el Siglo XXI, Tomo I", Editores Javier Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez y Manuel Carrasco Durán, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006. En la misma obra de Fernando Álvarez-Ossorio Micheo, "Del Lento Camino Hacia la Constitucionalización de los Derechos Humanos. Individuo, instancias internacionales de protección de derecho y proceso (el viejo protocolo IX al CEDH como ejemplo).

Es claro igualmente que el derecho internacional es dotado de otras fuentes formales que le permiten sostenerse como un sistema jurídico distinto de los sistemas jurídicos internos de cada Estado.

La crisis actual de la soberanía externa es debida, creo, a la dificultad de armonización de este concepto en el orden internacional. En varias ocasiones este concepto se utiliza para justificar o defender los más diversos ataques a los derechos internacionales de los Derechos Humanos.

A pesar de que cada Estado sea soberano y único, pudiendo decidir lo que hacer en su territorio y jurisdicción, eso no debe servir de argumento para no comprometerse con los tratados de Derechos Humanos e internacionales aceptando la normativa internacional y los principios del *jus cogens*¹⁶.

Cabe recordar también que el derecho internacional se ocupa, única y exclusivamente, de las relaciones internacionales sin preocuparse por la protección de los legítimos titulares de la soberanía, el pueblo, el ser humano en última *ratio*.

Es exactamente por ello que el individuo pasa a ser sujeto de derecho internacional, fenómeno que despunta como la gran novedad del siglo. El individuo, la persona pasa a ser la protagonista de protección en la esfera internacional, dejando a la soberanía en otro plano.

También son conocidas las intervenciones de los órganos supranacionales en el ordenamiento jurídico interno, en defensa de los Derechos Humanos, lo que ocasiona desgaste en el concepto o en la experiencia de la soberanía estatal.

Con razón Jürgen Habermas¹⁷ cuando afirma: “Agentes no estatales como empresas transnacionales y bancos privados con influencia internacional vacían la soberanía de los Estados nacionales que ellos mismos acatan de un punto de vista formal (...). Pero incluso los gobiernos de los países económicamente más fuertes se dan cuenta hoy del abismo que se establece entre su espacio de acción nacionalmente

¹⁶ El *jus cogens* ha sido definitivamente consagrado en la cumbre de la jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional, lo que es justamente uno de los trazos más marcados de la evolución del Derecho Internacional contemporáneo. Los Estados deben reconocer que ciertas normas son de carácter público internacional y, por lo tanto, no admiten práctica contraria, según lo que se dispone en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (es nulo un tratado que, al momento de su conclusión, está en conflicto con una norma imperativa de Derecho Internacional General. A efectos de esta Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional General es una norma aceptada y reconocida por toda la comunidad internacional de los Estados como norma de la cual no se permite ninguna derogación y que únicamente se puede modificar por norma ulterior del Derecho Internacional General de la misma naturaleza. La propia jurisprudencia internacional acepta la existencia del *jus cogens*. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Barcelona Traction*, de 1970, afirmó que el Derecho Internacional impone a los Estados ciertas obligaciones *erga omnes*, derivadas en el Derecho Internacional contemporáneo de la *ilegalidad de los actos de agresión, del genocidio, de principios y normas relativos a derechos básicos de las personas humanas, incluso la protección contra la esclavatura y la discriminación racial*. Para profundizar más, véase André Gonçalves Pereira y Fausto de Quadros, “Manual de Direito Internacional Público”, 3ª Edição, Livraria Almedina, Lisboa, 2009, página 286 y siguientes.

¹⁷ Jürgen Habermas, “A inclusão do outro”, Tradução de George Sperber y Paulo Astor Soethe, San Pablo, Loyola, 2002, página 168.

delimitado y los imperativos que no son siquiera del comercio internacional, sino de las condiciones de producción integradas de una red global”.

Por esta razón, el concepto de soberanía hoy debe ser entendido y manejado como un concepto relativo de modo que los órganos supranacionales puedan actuar en la protección de los Derechos Humanos, posibilitando que, en caso de violación a estos derechos, el sistema pueda reaccionar y prevalezca el derecho internacional de los Derechos Humanos sobre el derecho interno, siempre en defensa de la persona humana haciendo con que la norma más favorable pueda prevalecer.

Se recuerda a Markus Kotzur¹⁸ cuando afirma que “una concepción actualizada de la soberanía tiene que ser desarrollada a partir de la red cada vez más compleja de vínculos supranacionales, y al mismo tiempo, con apoyo en una confirmación de las raíces históricas de la *souveraineté*. (...). Solamente una concepción *instrumental* de la soberanía, al *servicio* del ser humano, puede justificar cualquier forma de ejercicio del poder.

Es también en este entorno que debe ser comprendido el llamado proceso de *internalización de los derechos* (Bobbio), o el derecho cosmopolita, como un medio imprescindible para la búsqueda de la paz de la ciudadanía universal, ciudadanía con derechos de la persona humana en todas sus dimensiones.

Es natural que en este contexto de reconocimiento de los tratados internacionales de Derechos Humanos y de incorporación de la normativa internacional en las pautas existentes en los distintos sistemas jurídicos nacionales, surja una serie de discusiones sobre el conflicto de leyes entre los conceptos que subyacen al derecho internacional y al derecho interno, y especialmente al derecho constitucional.

La norma preponderante ante un conflicto de leyes generalmente es la norma de índole constitucional, la norma primera y más importante del Estado. Sucede que las Constituciones contemporáneas, exactamente por absorber el movimiento de expansión de los Derechos Humanos de carácter universal, pasan a recibir, directa o indirectamente, la *normativa internacional*. Veamos cómo se opera esta realidad en Latinoamérica, al menos en algunos países.

Finalmente podemos afirmar que en América Latina se pueden entrever también algunos escenarios tendientes a la unificación y a la creación de un derecho supranacional.

Como indica Rodrigo Brito Melgarejo¹⁹, la tendencia dentro de las constituciones latinoamericanas, muestra los deseos de integración. Las expresiones “América”, “Latinoamérica”, o algunas particulares como “Centroamérica” o el espacio caribeño,

¹⁸ Markus Kotzur, “La Soberanía Hoy. Palabras Clave para un Diálogo Europeo-Latinoamericano Sobre un Atributo del Estado Constitucional Moderno”, In “De la Soberanía al Derecho Constitucional común: Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano”, Peter Haberle y Marcus Kotzur, UNAM, México 2003.

¹⁹ Rodrigo Brito Melgarejo, “Constitucionalismo Global”, Editorial Porrúa, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2005, página 195.

se encuentran en los textos constitucionales de múltiples maneras. Se hallan en el texto y en el contexto de las normas constitucionales relativas a la nacionalidad (naturalización abierta a ciudadanos afines en términos culturales), y en otras partes de las constituciones escritas. Haberle hace una selección de ejemplos entre los que señala:

El artículo 37, inciso 1 de la Constitución de Bolivia, que privilegia a los españoles y latinoamericanos en algunos aspectos de la naturalización. El artículo 4º, párrafo único de la Constitución de Brasil, que define como tarea del gobierno federal la "integración" tiene como objetivo la creación de una "comunidad latinoamericana". El artículo 12 también establece, bajo ciertas condiciones, la igualdad de los portugueses residentes en Brasil con los nacionales.

Por su parte, el Preámbulo de la Constitución de Colombia propone dar impulso a la "integración de la comunidad latinoamericana". Más aún, una norma constitucional en el marco de los artículos de bases (artículo 9º, inciso 2) requiere orientar la política exterior de Colombia hacia la integración de Latinoamérica y el Caribe. Nuevamente se muestran en la Constitución colombiana preceptos que la presentan como una de las más innovadoras y audaces en el ámbito latinoamericano: la integración de Latinoamérica es mencionada en dos puntos, mientras que las constituciones más antiguas en cuanto a su etapa textual, son más reservadas en este aspecto. (...)

Y concluye su pensamiento: "Como vemos, la tendencia en América Latina hacia la conformación de un marco normativo *supranacional* que puede ofrecer a los latinoamericanos un mejor nivel de vida, es hoy en día una realidad²⁰. Ciertamente falta dar muchos pasos para llegar a un proceso de integración normativa como el que está viviendo actualmente Europa; pero el hecho de que este tema esté contemplado en las constituciones de diversas naciones en el continente y, además, en ordenamientos internacionales de carácter regional, constituye un gran avance.²¹

Nos gustaría cerrar este punto recordando la doctrina defendida por Cançado Trindade, para quien "descartada la compartimentalización, teórica y estática, de la doctrina clásica, entre el Derecho Internacional y el derecho interno, hoy día, con la interacción dinámica entre uno y otro en el presente dominio de protección, es el propio Derecho que se enriquece- y se justifica- en la medida en que cumple su misión última de hacer justicia. En el presente contexto, el derecho internacional y el derecho interno interactúan y se auxilian mutuamente en el proceso de expansión y fortalecimiento del derecho de protección del ser humano. En este umbral del signo XXI, es alentador constatar que el derecho internacional y el derecho interno al fin

²⁰ Vide los siguientes trabajos: Direito Público Econômico Supranacional, Coordinado por A. Saddy Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009 y de Fernando Herren Aguillar, "Direito Econômico, Do Direito Nacional ao Direito Supranacional", Editora Atlas, São Paulo, 2006.

²¹ Ob. Cit. Página 198.

caminan juntos y apuntan en la misma dirección, coincidiendo en el propósito básico y último de la protección del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias”.²²

IV. LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS²³

El enorme acervo de normas internacionales, en su mayor parte de naturaleza convencional- al que deben agregarse las de carácter consuetudinario aceptadas por la comunidad internacional como obligatorias, calificadas como *jus cogens* (o *ius cogens*), ha adquirido una gran transcendencia con relación a los ordenamientos internos, por lo que surge el problema de establecer la jerarquía, al menos de los tratados de Derechos Humanos en el ámbito nacional, especialmente por lo que respecta a los ordenamientos constitucionales.

En esta dirección, considero que existen varios grados de supremacía. En síntesis, encontramos: a) rango supra constitucional; b) rango constitucional; c) rango suprallegal y d) rango legal en las Constituciones de la región. Es también la opinión de Carlos M. Ayala Corao cuya obra veremos a seguir²⁴.

En la primera categoría, es decir la relativa a la jerarquía supraconstitucional en la que los tratados internacionales prevalecen aún respecto a la Constitución del propio Estado, señala Ayala Corao²⁵ como un ejemplo significativo el artículo 63, de la Carta Fundamental de los Países Bajos de 1956, que establece expresamente que si el desarrollo del orden jurídico lo requiere, un tratado puede derogar las disposiciones de la Constitución. Pero este precepto fue aclarado por la reforma de 1983 a los artículos 91 y 94, los cuales exigen que los tratados que contradigan la Ley fundamental deben ser aprobados por las dos terceras partes de los votos escrutados y que las normas jurídicas del Reino no serán aplicables cuando éstas sean incompatibles con las disposiciones de un tratado o con las resoluciones internacionales.

Hector Fix Zamudio, afirma que un sector de la doctrina latino americana²⁶ ha señalado que si bien no lo disponen de manera terminante, las Constituciones de

²² Antônio A. Cançado Trindade, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en El siglo XXI”, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2006, Pagina 315

²³ Vide de Antônio A. Cançado Trindade, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, Prólogo de Máximo Pacheco Gómez, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

²⁴ Utilizamos aquí la obra de Carlos M. Ayala Corao, “La jerarquía constitucional de los tratados”, FUNDAp, México, 2003, y el prólogo de Hector Fix Zamudio.

²⁵ Según el prólogo de Héctor Fix Zamudio en la obra de Carlos M. Ayala Corao, “La jerarquía constitucional de los tratados”, Relativos a Derechos Humanos y sus consecuencias”, Fundap, Querétano, México, 2003, página 16.

²⁶ Vide de Ana Letícia Barauna Duarte Medeiros “Direito Internacional dos Direitos Humanos na América Latina”, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007, especialmente de la página 187 en adelante donde la autora trata sobre los mecanismos de protección internacional de los Derechos Humanos en Latinoamérica.

Guatemala y de Honduras son asimilables de alguna manera al sistema de rango supraconstitucional de los instrumentos internacionales, pero Ayala Corao considera que en estos países pareciera operar en la práctica una reforma de la Constitución por vía de un tratado internacional, el cual adquiere el carácter de una "*ley constitucional*" capaz de modificar el texto fundamental en virtud de una autorización expresa o delegación del poder constituyente, pues en caso contrario, de no efectuarse la aprobación del tratado por el procedimiento de reforma constitucional, el mismo resultaría inconstitucional.

Una situación diversa existe en el ordenamiento español, ya que según el artículo 95 de la Ley Fundamental, si un tratado que pretende celebrarse contiene disposiciones contrarias a la mencionada Constitución, es preciso la reforma de dicha Carta para que sus normas se adapten a las del tratado y al efecto el gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

En el segundo grado de preeminencia los tratados se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución, es decir, que dichos tratados adquieren rango constitucional y, por tanto, la supremacía y la rigidez propias de la Ley Fundamental. Esta supremacía fue establecida de manera expresa por el artículo 105 de la Constitución peruana²⁷ de 1979, pero dicho precepto no se reiteró en la Constitución vigente de 1993.²⁸

Una situación similar se consagró en la reforma de agosto de 1994 a la Constitución federal argentina, ya que, por una parte, dicha Ley suprema otorga a los tratados internacionales en general valor superior a las leyes, y a las declaraciones y tratados vigentes sobre Derechos Humanos que enumera expresamente les confiere *jerarquía constitucional*, pero además podrán adquirir la misma preeminencia los demás tratados que sean aprobados por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

²⁷ Situación semejante encontramos en Colombia, donde la Constitución también da soporte al derecho internacional en materia de Derechos Humanos. Su artículo 93 establece: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. Cuando se trate de garantías constitucionales, el tratamiento diferencial en materias sustanciales conferido por el Estatuto de Roma tendrá efectos exclusivamente en el ámbito de la materia regulada en ese estatuto.

²⁸ Las Constituciones de Perú, Argentina, Venezuela y de Nicaragua le atribuyen jerarquía constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos. Y a la Constitución de Guatemala y de Colombia les atribuyen jerarquía especial, con preeminencia sobre la ley ordinaria y el resto del derecho interno. También la Constitución de Chile de 1980, con la reforma de 1989 consagró el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por aquel país.

El autor señala (Héctor- Fix Zamudio habla de Carlos Ayala Corao), que, debido a una iniciativa suya, el Congreso Constituyente aprobó el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁹, en el cual se dispone que los tratados, pactos y convenciones relativos a los Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, *tienen jerarquía constitucional* y prevalecen en el orden interno, pero con la peculiaridad de que esta preeminencia se reconoce en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas en dicha Carta Fundamental y en las leyes de la República, y son de *aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público*.

La tercera categoría que señala el autor se refiere al rango supralegal que se confiere en algunos ordenamientos a las normas de derecho internacional, las que tienen primacía sobre las de derecho interno pero no pueden modificar la Constitución. En esta dirección cabe mencionar los artículos 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania, 10 de la Carta Fundamental de Italia y el 55 de la de Francia, aun cuando respecto a este último ordenamiento, si el Consejo Constitucional declara que un acuerdo internacional contiene una disposición contraria a la Ley suprema en los términos del artículo 54, la autorización para ratificarlo o aprobarlo no podrá producirse, sino después de la reforma de la propia Constitución, en tanto, el artículo 91.1. de la Constitución española dispone que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España formarán parte del ordenamiento interno y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

Los tratados internacionales con rango supralegal han sido reconocidos en varios ordenamientos latinoamericanos como los de Costa Rica (art.7º, incorporado en 1968); El Salvador (arts. 144 y 145); Guatemala (art. 46), y Colombia (art. 143). Sin embargo, debe destacarse que la IV Sala (Constitucional), de la Corte Suprema de Costa Rica, no obstante el precepto fundamental antes señalado, ha otorgado en su jurisprudencia valor *constitucional*, con la posibilidad de asumir una jerarquía *supraconstitucional* a los tratados de Derechos Humanos en la medida que otorguen mayores derechos y garantías a las personas, con relación a las que se confieren en el derecho interno.

Finalmente, algunas Constituciones americanas otorgan a los tratados internacionales una jerarquía equivalente a la de las leyes internas, como lo establece el artículo VI de la Carta fundamental de los Estados Unidos, reconocidos con el nivel de leyes federales según la jurisprudencia. Una situación similar ha derivado del artículo 133 de la Constitución federal de México, inspirada en el citado precepto del derecho estadounidense, por lo que la jurisprudencia tradicional de la Suprema Corte de Justicia había conferido a los propios tratados internacionales la categoría de leyes federales, pero la propia Suprema Corte mexicana ha modificado esa jurisprudencia al

²⁹ Aparentemente después de la era "Chávez" la falta de respeto en lo que concierne a los fallos que involucran los Derechos Humanos y las Cortes Internacionales y Regionales lamentablemente ha imperado en este país.

establecer en una sentencia pronunciada el 11 de mayo de 1999, en el *amparo en revisión 1475/98*, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto a la Constitución federal.

Ayala Corao señala que otras Constituciones latinoamericanas no consagran de manera expresa el rango de los tratados, pero su jerarquía se infiere de normas que ubican a éstos en el mismo rango de la ley, como ocurre con el artículo 137 de la Constitución de Ecuador, y si bien la Carta Fundamental de Uruguay hace referencia en su artículo 6º a los tratados internacionales y al derecho internacional, no dispone de manera expresa la jerarquía de los mismos en el derecho interno, pero la doctrina y la jurisprudencia han llegado a la conclusión de que en esos casos los tratados tienen rango de ley.

Concluye el autor que los tratados que tienen por objeto y propósito la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana son los relativos a los Derechos Humanos y tal es el caso de los tratados sobre derechos fundamentales, tanto en el sistema universal de las Naciones Unidas, como del Sistema Interamericano de la OEA. Sin embargo, en otros supuestos, aun cuando los tratados no tienen el objeto propio de reconocer Derechos Humanos pero poseen el propósito tutelar a las víctimas de los Derechos Humanos o asegurar la investigación y sanción de los responsables de los crímenes internacionales, también pueden considerarse como concernientes a los derechos fundamentales, como es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, también como en la aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares etc.

Veamos el caso de Chile, según la lección de Marisol Peña Torres³⁰. La Constitución Política de Chile no reconoce explícitamente el rango constitucional de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, aunque, como sabemos, algunos plantean que la reforma constitucional de agosto de 1989, que modificó el contenido del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución les otorga- implícitamente- ese rango normativo.

La doctrina especializada ha entendido que, desde la vigencia de la aludida reforma constitucional, el catálogo de derechos fundamentales asegurados a todas las personas en Chile no es taxativo, esto es, que no sólo se compone de los derechos explícitamente consignados en el artículo 19 de la Constitución, sino que se encuentra complementado por todos aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana recogidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

No existe en Chile, tampoco, una norma constitucional explícita que obligue a interpretar las normas sobre derechos fundamentales de conformidad con los

³⁰ "La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional Chileno", Revista Estudios Constitucionales, Año 6, Nº 1, 2008, pp 205-222, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

parámetros que derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El contraste, en esta materia, con otras Constituciones es evidente. En el caso de la Constitución de España, su artículo 10 N° 2 indica que: “ Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España”.

Durante el segundo periodo de funcionamiento del Tribunal Constitucional (1981- 2005) pueden citarse sólo tres pronunciamientos que inciden en la aplicación del derecho internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno de nuestro Estado, dice Marisol Peña Torres.

Dos de dichos pronunciamientos se refieren al rango jerárquico que nuestra Magistratura les asignaba a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en relación con la propia Constitución. El tercer fallo alude a la eventual responsabilidad internacional en que Chile incurriría al no honrar el cumplimiento de sus compromisos internacionales, entre los que cabe incluir, por cierto, aquéllos derivados de las normas internacionales sobre Derechos Humanos ratificadas y vigentes en nuestro país (Chile).

En Colombia el derecho interamericano de los Derechos Humanos, desde su posición como elemento integrante del bloque de constitucionalidad, ha jugado un importante papel en el ordenamiento constitucional colombiano, que se manifiesta en varias funciones materiales, según Manuel José Cepeda Espinosa³¹ .

En la sentencia SU- 1185 de 2001, sobre el reconocimiento de una pensión, la Corte Constitucional invocó el derecho interamericano de los Derechos Humanos como parámetro para establecer cuáles son los límites a las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales.

En otros casos, por ejemplo, en materia de libertad de expresión; en dos oportunidades en las que la Corte Constitucional ha examinado medidas que restringen el ejercicio del periodismo ha hecho referencia expresa a la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la prohibición de la colegiatura profesional obligatoria y de otros mecanismos que equivalen a establecer licencias previas para el ejercicio del periodismo, y ha seguido la estructura analítica del juicio de proporcionalidad aplicado por la jurisprudencia interamericana en esta materia , en el sentido de que únicamente son admisibles bajo la Convención Americana las limitaciones de la libertad de expresión que sean necesarias para asegurar ciertos fines imperiosos – es decir, que no existan medios alternativos menos restrictivos para obtener las mismas finalidades.

(...) En otro caso, la Corte, en la sentencia T-982, de 2001, tuteló el derecho a la libertad religiosa de una mujer que formaba parte de la Iglesia Adventista y había

³¹ Polémicas Constitucionales, Editora Legis, Bogotá, 2008, página 321-332.

sido desvinculada de su empleo por no trabajar los sábados en cumplimiento de sus deberes eclesiásticos, argumentando que el carácter desproporcionado de la limitación impuesta en este caso por el empleador, en ejercicio de su derecho de fijar al horario de trabajo de sus empleados, era incompatible con el respeto al pluralismo religioso propio de una sociedad democrática; por ello, ordenó el reintegro de la trabajadora, estableciendo que había de llegarse a un acuerdo sobre la forma en que la trabajadora compensaría las horas que dejaría de trabajar los días sábado³².

Por fin, en Perú, Jorge León Vásquez³³ relata que en algunas sentencias el TC se ha adherido a la tesis universalista de manera implícita. Así ha señalado que el *principio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, « no se restringe sólo a los tratados en los que el Estado peruano sea parte (..), sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre estos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los Derechos Humanos.

En otras ocasiones el TC ha reconocido abiertamente la comparación jurídica como un método de interpretación constitucional, al señalar, por ejemplo, que « el artículo 4º del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no es un instrumento internacional vinculante para el Estado peruano, pero sí sirve para determinar el contenido constitucionalmente protegido del *ne bis in idem* en su vertiente procesal, tras asumirse la comparación como quinto método de la interpretación constitucional». De la misma forma lo ha hecho en otros casos en los que ha tenido la necesidad de recurrir a la normatividad y jurisprudencia extranjera en otras materias.

Con relación a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de Derechos Humanos el autor detecta valor jurídico diferente en diferentes casos. Distingue dos grados de vinculación, una *débil* y una *fuerte*.

La primera está referida a aquellos supuestos en que el TC, como en el ejemplo citado antes, invoca la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de un Convenio internacional en el cual el Estado peruano no es parte, lo que ciertamente no impide su consideración, más aún si el propio TC ha reconocido a la comparación jurídica como un método de interpretación constitucional. En todo caso, lo que legitima y justifica el acogimiento de esta interpretación es su contribución a la mejor protección de un específico derecho fundamental; pero no se podría invocar para restarle eficacia y mucho menos para desconocerlo.

La *vinculación fuerte*, en cambio, tiene su fundamento constitucional en la CDFT de la Constitución, la misma señala: « las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la

³² Según el citado Manuel José Cepeda Espinosa, página 324.

³³ “El valor jurídico de la Interpretación y de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en la obra, “La sentencia constitucional en el Perú”, Coordinado por Gerardo Eto Cruz, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional, Editorial ADRUS, 2010, página 258 y siguientes.

Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

Con mayor precisión el Código Procesal Constitucional en su artículo V reconoce que «el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre Derechos Humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre Derechos Humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte»

De la CDFT de la Constitución y de la disposición citada del Código Procesal Constitucional se derivan dos sentidos normativos: (1) que el órgano interno que interpreta las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales lo haga de conformidad con dichos instrumentos internacionales; (2) que el órgano interno que interpreta las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales lo haga de conformidad con la interpretación que de dichos instrumentos internacionales haya realizado la CIDH.

V. LA SITUACIÓN DE BRASIL EN ESTE ESCENARIO

Inicialmente me parece interesante explicar el significado de la expresión “*derechos fundamentales*” en Brasil, y quiénes son los destinatarios de esos derechos en el ordenamiento jurídico brasileño.

La mayoría de los constitucionalistas brasileños funde los calificativos “humanos” y “fundamentales”. Ello porque la Constitución brasileña comprende en la expresión “derechos fundamentales”, los derechos individuales, políticos, sociales y económicos.

La Constitución brasileña adopta diferentes expresiones, *derechos de la persona humana, derechos y garantías individuales y garantías fundamentales, Derechos Humanos*.

Hemos optado por la terminología *derechos fundamentales* (y no Derechos Humanos fundamentales) para designar los derechos y garantías asegurados por la compleja normativa constitucional interna.

Acompaño aquí la posición de Gisela Maria Bester³⁴, partiendo de una lectura de la realidad, de una constatación de la falta de coincidencia que existe entre unos y otros en nuestro País. Es que en Brasil hay Derechos Humanos que no son al mismo

³⁴ Gisela Maria Bester, “Direito Constitucional”, Volume I, Fundamentos Teóricos, Editora Manole, São Paulo, 2005, página 561.

tiempo derechos fundamentales. Quiere decir: cuando Brasil firma pactos, acuerdos, convenciones o tratados internacionales que contemplan Derechos Humanos, ello no significa que todos estos Derechos Humanos pasen a valer internamente en la categoría "derechos fundamentales", situados en la Constitución Federal de 1988 y en ella protegidos como cláusulas pétreas.

Esto sucede porque la lectura que el Supremo Tribunal Federal ha hecho de la Constitución de 1988 hace que esta "prescriba" que la forma de interiorización de los derechos provenientes de pactos internacionales sigue un camino que los interioriza de modo que pasen a valer en nuestro ordenamiento no como normas de *status constitucional*, sino simplemente como leyes ordinarias (federales, pero de todas maneras ordinarias) significando no sólo que los derechos que dichas normas contienen no tienen fuerza de imposición alguna sobre la Constitución sino que todavía pueden ser revocadas en cualquier momento por otra ley ordinaria.

Es preciso citar también la regla del §2º e § 3º del artículo 5º de la Constitución Federal de 1988³⁵, que tuvo la preocupación de hacer constar de forma explícita la situación de los tratados que contengan normas sobre Derechos Humanos. Tendrán equivalencia de norma constitucional.

Ya *antes* de la Enmienda Constitucional nº 45 (ya citada) algunos autores brasileños sostenían, con fundamento en los párrafos §1º y § 2ª, del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988, que los Derechos Humanos derivados de tratados internacionales tendrían que ser incorporados como derechos fundamentales, o sea, con jerarquía constitucional. Pero no había (y sigue sin haber) consenso sobre la materia.

Hace tiempo un grupo de internacionalistas, con destaque para Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Cristina Piovesan y Carla Pinheiro, luchaban para hacer valer la interpretación de que los Derechos Humanos derivados de tratados internacionales tendrían que ser incorporados como derechos fundamentales, con fundamento en los párrafos primero y segundo del artículo 5ª de la CF, ya examinados.

Es cierto, por otro lado, que la *persona humana* siempre contó con una protección especial en la Constitución brasileña. Es *fundamento* del Estado Democrático de Derecho (artículo 1º, III), al lado de la soberanía, de la ciudadanía, de los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa y del pluralismo político.

Por tanto, ya antes de la Enmienda Constitucional nº 45/2004, encontramos a la mayoría de los constitucionalistas brasileños haciendo una clara distinción entre los

³⁵ El §2 dispone: "Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en los que la República Federativa de Brasil sea parte. Y el § 3º, acrecentado por la Enmienda Constitucional nº 45, de 8 de diciembre de 2004, dispone: "Los tratados y convenciones internacionales **sobre Derechos Humanos** que se aprueben, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, **serán equivalentes a las enmiendas constitucionales**". Por fin, no nos podemos olvidar del § 1º que dispone: "Las normas definidoras de los **derechos y garantías fundamentales** tienen aplicación **inmediata**".

tratados que tuvieran por objeto y contenido Derechos Humanos (fundamentales) y los demás (con normas de otra índole). Los primeros, con la ratificación ya serían incorporados al orden interno con jerarquía constitucional, y por determinación del § 1º, del artículo 5º (ya citado), con aplicabilidad inmediata; ya los segundos serían incorporados cumpliendo el itinerario que los lleva al *status* de leyes ordinarias, al menos hasta la Enmienda Constitucional nº 45, que como vimos, trató expresamente del tema, dejando clara la situación de los Derechos Humanos provenientes de tratados internacionales en el orden constitucional brasileño.

Flávia Piovesan³⁶, especialista en la materia doctrina: “Estos argumentos sustentan la conclusión de que el derecho brasileño opta por un sistema mixto disciplinante de los tratados, sistema que se caracteriza por combinar regímenes jurídicos diferenciados: un régimen aplicable a los tratados de Derechos Humanos y otro aplicable a los tratados tradicionales. Mientras los tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos – en virtud del artículo 5º, 2º – presentan jerarquía constitucional, los demás tratados internacionales presentan jerarquía infraconstitucional.

En suma, la jerarquía constitucional de los tratados de protección de los Derechos Humanos deriva de la previsión constitucional del artículo 5º, § 2º, a la luz de una interpretación sistemática y teleológica de la Carta, particularmente de la prioridad que atribuye a los derechos fundamentales y al principio de la dignidad de la persona humana. Esta opción del constituyente de 1988 se justifica ante el carácter especial de los tratados de Derechos Humanos, y según el entendimiento de parte de la doctrina, de la superioridad de estos tratados en el plano internacional.

Se adiciona que, además de la concepción que confiere la naturaleza constitucional a los tratados de Derechos Humanos (concepción defendida por este trabajo) y de la concepción de que, al revés, confiere a los tratados *status* paritario al de la ley federal (posición mayoritaria del STF) se destacan otras dos corrientes doctrinarias. Una de ellas sostiene que los tratados de los Derechos Humanos tiene jerarquía supraconstitucional, mientras que la otra corriente defiende a la jerarquía infraconstitucional, pero supralegal, de los tratados de Derechos Humanos”.

VI.- EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Inicialmente creo que es importante recordar que en el constitucionalismo brasileño, desde la primera Constitución republicana de 1891 (artículo 59, §1º, “a”), se admite la verificación de la *constitucionalidad* de los tratados, pienso que por inspiración del constitucionalismo norteamericano.

³⁶ Flávia Piovesan, “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, 12ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, página 119.

La Constitución de 1988 en vigor, con sus 67 Enmiendas (hasta 2010) reiterando la regla vigente en las Constituciones anteriores, prevé, en su artículo 102, III, "b", la competencia del Supremo Tribunal Federal para, mediante recurso extraordinario, juzgar las causas decididas en única o última instancia cuando la decisión objeto de recurso declare la *inconstitucionalidad de tratado* o ley federal.

Con respecto a los conflictos entre un tratado internacional y la Constitución, el Supremo, en jurisprudencia pacífica, asentó la regla de la primacía del texto constitucional, siendo éste anterior o posterior a la norma internacional (ADIN nº 1480-3/1996).

Con razón Gustavo Binenbojm³⁷ cuando afirma que "bajo la óptica de la necesidad de mecanismos de interiorización de los tratados internacionales en el orden jurídico nacional, el sistema brasileño se clasifica, según ha proclamado recientemente el STF, como dualista moderado. No se llega a exigir la edición de una ley interna, reproduciendo total o parte del texto del tratado, lo que configuraría una postura dualista extremada; no obstante, el decreto-legislativo- que contiene la aprobación del Congreso Nacional – acoplado al decreto presidencial de promulgación, constituirían una fuente normativa interna y autónoma con relación al tratado.

Actualmente el Supremo Tribunal Federal defiende la jerarquía *infraconstitucional* pero *supralegal*, de los tratados de Derechos Humanos.

Al respecto, el Ministro Sepúlveda Pertence, en el RHC n. 79.785-RJ en mayo de 2000, que involucraba el alcance interpretativo del principio del doble grado de jurisdicción previsto por la Convención Americana de Derechos Humanos, destacó en su voto:

"Desde luego, participo del entendimiento unánime del Tribunal que rechaza la preponderancia sobre la Constitución de cualquier convención internacional. En el orden interno, derechos y garantías fundamentales lo son, con gran frecuencia, precisamente porque, alzados al texto constitucional, se erigen en limitaciones positivas o negativas al contenido de las leyes futuras, así como a la recepción de las anteriores a la Constitución. Si así es, a primera vista, parificar a las leyes ordinarias los tratados a que alude el artículo 5º, § 2º, de la Constitución, sería vaciar de gran parte de su sentido útil la innovación que, a pesar de los términos equívocos de su enunciado, tradujo una apertura significativa al movimiento de internacionalización de Derechos Humanos. Todavía sin certezas suficientemente maduras, teniendo así – aproximándome, creo, de la línea desarrollada en Brasil por Cançado Trindade y por Flávia Piovesan- a aceptar el otorgamiento de fuerza supralegal a las convenciones de Derechos Humanos, de manera que se pueda dar aplicación directa a sus normas- hasta, si necesario, contra la ley ordinaria, siempre que, sin herir la Constitución, la complementen, especificando o ampliando los derechos y garantías que en ella constan".

³⁷ "Temas de Direito Administrativo e Constitucional", Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008, pg. 302.

También me parece relevante afirmar que el Supremo Tribunal Federal de Brasil ha reconocido que la protección del *medio ambiente*, además de ser un derecho fundamental, debe ponderar sobre la libertad económica, resaltando que la lectura de la economía se debe hacer bajo la óptica de los Derechos Humanos³⁸. Quiere decir, la acción de los actores (públicos, estatales, económicos, cívicos) debe pautarse en la perspectiva objetiva de los derechos fundamentales: en la toma de decisión se debe tener conciencia de la protección y de la no violación del contenido de los derechos fundamentales, poniendo en práctica no solamente la eficacia entre terceros, sino la eficacia irradiante de las normas valorativas fundamentales (Haberle).

Igualmente digno de nota es el llamado caso Ellwanger³⁹. En éste, el Supremo Tribunal Federal (STF) el 17 de setiembre de 2010 decidió negar el Habeas-Corpus nº 82.424-2, ponderando que el precepto fundamental de la libertad de expresión no consagra el "derecho a la incitación al racismo", puesto que un derecho individual no puede constituirse en salvaguarda de conductas ilícitas que implicaban, en el caso concreto, ilicitud penal.

La decisión del STF en esta cuestión está en consonancia con las normas de Derecho Internacional ya recibidas por el ordenamiento jurídico nacional, que al prohibir los "escritos de odio", estipularon un límite al principio de la libertad de manifestación del pensamiento. Es lo que establece no sólo la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 4º), sino también el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 20-2), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13-5), y cabe recordar que la adhesión de Brasil a estos dos tratados es resultado de la política exterior, estimulada por la *vis directiva* del artículo 4º de la CF⁴⁰.

³⁸ Vide no STF o STA- AgRg 118/RJ e STA-AgRg 171/PR, donde se discutía la constitucionalidad de la importación de neumáticos usados, utilizados en el proceso de industrialización de neumáticos recauchutados. El STF decidió que habría posibilidad de daño irreparable al medio ambiente (derecho fundamental) ecológicamente equilibrado y a la salud pública. Daño ambiental con la entrada a Brasil de un pasivo ambiental colosal, dispersión de enfermedades graves que se desarrolla en aguas paradas, gran parte acumulada en neumáticos con destinación incorrecta. Lo cierto es que para el resultado prevalecieron, en ambos casos, los valores constitucionales del medio ambiente (como un derecho fundamental).

³⁹ El impetrante Ellwanger alegaba en el HC 82.424-2, ante el STF, como antes alegara en el STJ, que no siendo los judíos una raza, el crimen perpetrado por su paciente al editar y vender libros que hacían apología de ideas con preconcepto contra los judíos no fue el de la práctica de racismo, pero sí, el de incitamiento contra el judaísmo. El crimen de práctica de racismo, como concluyó el fallo del STJ,, confirmando el entendimiento del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, no se basa en el término "raza", que tiene connotación pseudocientífica, sino en las teorías y concepciones que atribuyen al término raza el fundamento de la discriminación condenada por el artículo 5ª, XLII, de la Constitución Federal de 1988.

⁴⁰ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I- independência nacional; II- prevalência dos direitos humanos; III- autodeterminação dos povos; IV- não intervenção; V- igualdade entre os Estados; VI- defesa da paz; VII- solução pacífica dos conflitos; VIII- repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX- cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X- concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações".

Concluyo este tópico con Celso Lafer⁴¹, para quien “La Constitución de 1988 es explícitamente receptiva al Derecho *Internacional Público* en materia de Derechos Humanos, lo que configura una identidad de objetivos del Derecho Internacional y del Derecho Público Internacional, cuanto a la protección de la persona humana”.

VII.- EL “ACTIVISMO” JUDICIAL BRASILEÑO EN EL TEMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES O DERECHOS HUMANOS

Creo que es interesante pasar al público europeo una visión un poco más amplia de cómo se procede a la defensa o la promoción de los llamados “derechos fundamentales” o “Derechos Humanos” en Brasil, sobre todo por parte del Poder Judicial.

A un europeo no habituado a las resoluciones de los Tribunales Constitucionales (o Salas Constitucionales) latino-americanas, puede parecerle un poco inusitado el amplio espectro de acciones o medidas judiciales que estas Cortes vienen prestando a la justicia en la extensión y latitud que dedican a los derechos fundamentales⁴².

En primer lugar, se debe reconocer que las constituciones latino-americanas son, por lo general, extensas, minuciosas y prevén una tabla, una lista de derechos individuales, colectivos, sociales, políticos y culturales. Esta circunstancia ya induce y determina que el Poder Judicial, llamado a intervenir en una disputa o en un conflicto de intereses, individual o colectivo, abstracto o concreto, tenga que pronunciarse.

Cabe recordar, asimismo, que Latinoamérica recibe naturalmente la presencia histórica norteamericana y europea, también en lo tocante a la historicidad de los Derechos Humanos y de toda su dimensión “generacional” vinculando no solo los Poderes Públicos como el Legislativo, el Ejecutivo y naturalmente el Judicial (en el sentido del deber de prestar justicia frente a los derechos amenazados o violados).

Hoy la teoría general de los derechos fundamentales, si es que nos podemos referir a ella de esta manera, ha dejado atrás apenas el aspecto de que los Derechos Humanos son “derechos de defensa”, pero más allá de esa concepción, como sabemos, tenemos los llamados “derechos prestacionales” (materiales) y los “derechos de participación”.

De modo que, si aliamos la riqueza cuantitativa y cualitativa de los Derechos Humanos en Brasil⁴³, entenderemos por qué los jueces, los Tribunales, las Cortes, los Tribunales Constitucionales en América Latina, o las Supremas Cortes son obligadas a

⁴¹ “A Internacionalização dos Direitos Humanos”, Ed. Manole, São Paulo, 2005, página 82.

⁴² No vale la pena volver al debate terminológico y de contenido (derechos fundamentales x Derechos Humanos o derechos fundamentales-Derechos Humanos)

⁴³ El artículo 7º del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias de la Constitución Federal de 1988, en Brasil dispone: “Brasil propugnará por la formación de un tribunal internacional de los derechos humanos”.

decidir sobre numerosos y complejos asuntos, sea en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sea en el ámbito de la jurisdicción constitucional y su proceso (por medio de las más variadas técnicas de resolución).

No es, por tanto, inusitado que un juez ordinario o incluso constitucional (denominado Ministro), en Brasil tenga que juzgar por ejemplo, los más variados temas, que involucren la *dignidad humana* en la Constitución, la *libertad como autonomía*, la *igualdad*, la *ciudadanía*, el *debido proceso legal*⁴⁴, así como : a) el bloqueo de activos financieros decretados por un Presidente de la República de todas las cuentas bancarias de los brasileños y su constitucionalidad (ADI 223-6-DF) e (ADIQO 534-DF) ; b) la constitucionalidad de una serie de medidas gubernamentales que tuvieron como efecto, en la década del 90, implantar programas de desestatización de la economía, transfiriendo al sector privado empresas entonces controladas por el Estado (ADI 1.549-RJ); c) la existencia o no del "derecho adquirido" a sueldos de funcionarios públicos" (RE 190.411-9-AP); d) si existe la posibilidad jurídica de anticipar un plebiscito previsto expresamente en la Constitución, sin ofender la voluntad del poder constituyente originario (ADI 830-7-DF; ADI 833-1-DF); e) si la constante reedición de una medida provisoria por el Presidente de la República representa invasión de la función del Legislativo (ADI 293-DF-MC); f) si la Convención 158-OIT era válida frente al artículo 7º, I de la CF (ADI 1.480-3); si viola o no el principio democrático la posibilidad de reelección del Presidente de la República, Gobernadores y Alcaldes (MS 22.864-DF); g) si el "salario mínimo" es constitucional, si es capaz de atender las necesidades vitales del trabajador, como indica el texto de la Constitución Federal (Ag. Reg. en el AI 567.634-8); h) si el Poder Judicial puede suplir, en casos concretos, la mora del Legislador (MI 278-MG, MI 95-RR, MI 695-2007).

Existen aún numerosas resoluciones donde el Poder Judicial es convocado para implementar *derechos sociales*, o a definir cuál el alcance de una política diseñada o proyectada en el texto constitucional.

Sobre el tema hemos escrito en el pasado⁴⁵ y hemos dado numerosos ejemplos de resoluciones tales como: a) acciones o medidas judiciales que obligan a los particulares a informar a la población sobre los riesgos potenciales de las bebidas alcohólicas; b) acciones judiciales que obligan a la Administración Pública federal a duplicar carreteras (autopistas) en función del elevado número de accidentes en

⁴⁴ Vide Oscar Vilhena Vieira, "Direitos Fundamentais", Uma leitura da jurisprudência do STF, Editora Malheiros, São Paulo, 2006. Vide aún Marcelo Figueiredo, "Interpretación constitucional por el Supremo Tribunal Federal de Brasil", publicado en la obra, Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica, Coordinado por Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto, UNAM, México, 2009, página 707 y siguientes. Vide igualmente de nuestra autoría, publicado en la obra, "La evolución político-constitucional de América del Sur 1976/2005, Librotécnica, Santiago, Chile, Coordinador Humberto Noguera Alcalá, especialmente nuestro capítulo sobre el activismo del poder judicial en Brasil y sus ejemplos.

⁴⁵ Vide Marcelo Figueiredo, "El control de las políticas públicas por el Poder Judicial en Brasil", en la obra, Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo, coordinada por Víctor Hernández Mendible, Ediciones Paredes, Venezuela, TOMO I, 2009, Caracas, página 673 a 713.

trechos donde había falta de señalización suficiente para el público usuario; c) medidas judiciales que obligaban al Estado a suministrar medicamentos de forma gratuita a la población carente, así como a portadores del virus de HIV (SIDA) porque no tenían condiciones económicas de adquirirlos y así por delante.

Luis Roberto Barroso⁴⁶ enumera diversos precedentes de postura activista de nuestro STF, manifestada por diferentes líneas de resolución. Entre ellas se incluye: (a) la aplicación directa de la Constitución en situaciones no expresamente contempladas en su texto e independientemente de manifestación del legislador ordinario, como ha sucedido en casos como el de la imposición de fidelidad partidaria y el de la prohibición de nepotismo; (b) la declaración de inconstitucionalidad de actos normativos emanados del legislador, con base en criterios menos rígidos que los de patente y ostensiva violación de la Constitución, de que son ejemplos las resoluciones referentes a la verticalización de las coligaciones partidarias y a la cláusula de barrera; (c) la imposición de conductas o de abstenciones al poder Público, tanto en caso de inercia del legislador – como en el precedente sobre huelga en el servicio público o sobre la creación de municipio – como en el de políticas públicas insuficientes, de que han sido ejemplo las resoluciones sobre el derecho a la salud. Todas estas hipótesis alejan a los jueces y tribunales de su función típica de aplicación del derecho vigente y los aproxima a una función que más se asemeja a la creación del propio derecho”.

Todo ello muestra que el Poder judicial o la denominada *jurisdiccionalización* de la protección (internacional y nacional) de los Derechos Humanos es importante para sus destinatarios y no puede considerarse algo “exótico”. Se trata, hasta cierto punto, de un proceso histórico natural frente a las peculiaridades de Latinoamérica.

Las Constituciones de nuestra región abiertas a los Tratados Internacionales adopta un constitucionalismo *comunitario*, embebido de los valores que buscan una *sociedad más justa* e igualitaria y sin duda la era de los *derechos* contribuye mucho a que este ideal sea alcanzable e implantado progresivamente.

Resta ahora plantear el tema del transconstitucionalismo. La propuesta inicial del seminario aludía a hacer alguna reflexión de cómo influyen las corrientes jurídicas *transnacionales* en los contenidos del Derecho Constitucional. Veamos lo que podemos aportar con respecto a este tema.

VIII. EL TRANSCONSTITUCIONALISMO Y SUS DESAFÍOS ACTUALES

Creo que el primer punto a aclarar dice respecto a lo que entendemos por *transconstitucionalismo*, o aún, qué significados y preocupaciones conlleva este concepto, y naturalmente su relación con el derecho constitucional.

⁴⁶ Luis Roberto Barroso, “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial” (RTDP Tomo 55 página 47).

No sabemos identificar exactamente cómo ha surgido el término *transconstitucionalismo* en la literatura internacional, pero es posible afirmar que la política mundial tiene como asentada la idea de que los Estados *no son* más los *únicos actores* importantes en el escenario internacional.

En Brasil, Marcelo Neves se ha dedicado al tema y sobre éste enseña:

“ (...) Pero lo peculiar del transconstitucionalismo no es la existencia de estos entrelazamientos entre órdenes jurídicos, el llamado “transconstitucionalismo jurídico”. En el caso del transconstitucionalismo, los órdenes se inter-relacionan en el plano reflexivo de sus estructuras normativas que son auto-vinculantes y disponen de primacía. Se trata de una “conversación constitucional”, que es incompatible con un “constitucional *diktat*” de un orden con respecto al otro. O sea, no se puede hablar de una estructura jerárquica entre órdenes: la incorporación recíproca de contenidos implica una relectura de sentido a la luz del orden receptor. (...). El transconstitucionalismo hace aflorar, por un lado, una “fertilización constitucional cruzada”⁴⁷. Las cortes constitucionales “se citan recíprocamente no como precedente, sino como autoridad persuasiva”. En términos de racionalidad transversal, las cortes se disponen a un aprendizaje constructivo con otras cortes y se vinculan a las resoluciones de éstas.⁴⁸

Para el autor, no interesa primariamente al concepto de transconstitucionalismo saber en qué orden se encuentra una Constitución, ni siquiera definirla como un privilegio del Estado. *Lo fundamental es precisar que los problemas constitucionales*

⁴⁷ El término es acertado. De hecho encontramos una fertilización constitucional cruzada también en Latinoamérica. Los ejemplos son ofrecidos por **José Ramón Cossío Díaz**, en el artículo “Constitutional Justice- in Ibero-America: Social Influence and Human Rights”, publicado en la Mexican Law Review, UNAM, July- December 2009, página 153 a 161. Afirma el autor: “There is no uniformity among Ibero-American courts as to the form in which reference to decisions of international human rights bodies should be made. Nevertheless, there is clearly more uniformity in the way courts invoke international opinions dealing with specific fundamental rights than in the way they directly apply and interpret international treaties. Nevertheless, disparity still exists between courts that constantly and consistently cite international jurisprudence and those that only do so only on an exceptional basis. There is also a more basic disparity in the ways they undertake the operation of spelling out the meaning and the purposes of international pieces of legislation. In some cases, courts apply themselves to the task of expounding and re-creating the meaning of those texts while in others, they systematically defer to what has been Said in opinions issued by international courts (for instance, the Inter-American Court of Human Rights, the European Court of Human Rights. A few relevant examples of the use of international jurisprudence (I believe the author must use “case Law” instead of “jurisprudence” here) include: a decision on sex change in which the Supreme Court of Justice of Uruguay cited international case-law from both dealing with vulnerable groups, decided by the courts of Guatemala and Colombia where they made ample reference to the decisions made by international bodies, though clearly giving priority to Inter-American Court jurisprudence. In Mexican cases dealing with the interaction between the right to health and the right to earn a living through medical practice, we have also cited the views of International courts, the United Nations Committee of Human Rights and its Committee on Economic, Social and Cultural Rights. (...) In the *Almonacid Arellano versus Chile* case, the Inter-American Court of Human Rights invited states to exert “conventionality control” through their judicial bodies, by contrasting their national Law with the Inter-American convention. The possibility of recognizing the existence of more than one authorized interpreter of regional human rights treaties opens up completely new ways of building up protection for fundamental rights in the region”.

⁴⁸ “Transconstitucionalismo”, Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la USP-SP, São Paulo 2009, página 104.

surgen en diversos órdenes jurídicos, y que exigen soluciones fundadas en el entrelazamiento entre ellos.

El concepto es de veras interesante porque permite a los intérpretes constitucionales (sociedad abierta) un aprendizaje continuo y recíproco circular con posibilidad de una rearticulación constante.

En el tema de los Derechos Humanos o fundamentales, según Marcelo Neves, el transconstitucionalismo es fundamental porque los problemas que de ellos advienen se presentan simultáneos en diferentes órdenes jurídicos. "Cuando cuestiones de derechos fundamentales o de Derechos Humanos se someten al trato jurídico concreto, sobrepasando órdenes jurídicos diversos, la "conversación" constitucional es indispensable⁴⁹.

Robert O. Keohane y Joseph S Nye definen las relaciones trans-gubernamentales de la siguiente manera:

"We define trans governmental relations as sets of direct interactions among sub-units of different governments that are not controlled or closely guided by the policies of the cabinets or chief executives of those governments" (..) " We will distinguish two major types of essentially cooperative transgovernmental behavior. Transgovernmental *policy coordination* refers to activity designed to facilitate smooth implementation or adjustment of policy, in the absence of detailed higher policy directives. Another process, *transgovernmental coalition building*, takes place when subunits build coalitions with like minded agencies from other governments against elements of their own administrative structures"⁵⁰.

De este modo, también el constitucionalismo se mueve más allá del concepto del Estado-Nación, pues él, el Estado convive hoy con otras numerosas organizaciones de gran poder. Todas ellas influyen en el escenario nacional e internacional formando una *red transnacional* que transpone las viejas barreras o fronteras de lo que conocíamos como Estados-Nación.

Así, el *constitucionalismo* debe ser estudiado más allá del Estado, como asimismo en un contexto transnacional, que naturalmente abriga al poder privado, al sector privado, a las empresas y los particulares, lo que, en definitiva, no es estatal.

Como afirma Gunther Teubner⁵¹, "My thesis, in short, is that we are witnessing the emergence of a multiplicity of civil constitutions beyond the nation state. But the constitution of world society is not to be conceived exclusively within the representative institutions of international politics, and neither can it take place in a unitary global constitution overlying all areas of society. It is emerging incrementally

⁴⁹ Ob. Cit. Página 114.

⁵⁰ Cambridge University Press, www.jstor.org/stable/2009925, Princeton University, World Politics, Volume 27, N° 1, Octubre 1974, pp. 39-62

⁵¹ 16, Loubhlin Chapter 16. Indd. 327.

in the *constitutionalisation of a multiplicity of autonomous subsystems of world society*".

Al analizar el comportamiento global de la sociedad, Teubner afirma que la sociedad se comporta hoy y actúa incluso de forma diferenciada, más allá de las fronteras estatales. El mercado es global, la economía es global, la ciencia, la cultura, la tecnología, la salud, el militarismo, el transporte, el turismo, el deporte, la política y la ley, todo hoy asume características globales y cada uno de esos "*subsistemas*" opera autónomamente a nivel global.

Dice que la fragmentación del derecho global es fruto de la fragmentación social de la sociedad global.⁵²

Para este autor las violaciones a los *Derechos Humanos* ocurren también por causa de las actividades y transacciones transnacionales.

Es decir, no hay apenas conflictos entre los individuos y el Estado, entre el derecho de propiedad de las empresas y los Derechos Humanos de las personas, sino colisiones entre todos estos actores en escala mundial. La inexistencia de un único sistema jurídico que abarque toda la humanidad, de manera homogénea y funcional posibilita la existencia de dichos conflictos⁵³ y hace con que surja un derecho transnacional, según creemos.

Teubner también sostiene que no hay más sentido en hablarse de "*efectos horizontales*" de los derechos fundamentales (o humanos). Ante la pluralidad de actores que componen el mundo globalizado, los "enemigos" de los humanos son otros y pueden estar en todas partes. Necesitamos nuevos tipos de garantías que limiten el destructivo potencial de la comunicación además de la política.

Afirma: "The human –rights question in the strict sense must today be seen as endangerment of individual and institutional integrity by a multiplicity of anonymous and today globalized communicative process. (..) The expansive tendencies of the subsystems aim in both directions. In now becomes clear how a new "equation" has to replace the old "equation" of the horizontal effect. The old one was based on a relation between two private actors- private perpetrator and private victim of the infringement. One side of the new equation is no longer a private actor as the fundamental – rights violator, but the anonymous matrix of an autonomised

⁵² Vide Andreas Fischer-Lescano e Gunther Teubner, "Regime-Collisions: The vain Search for Legal Unity in the fragmentation of global Law, translated by Michelle Everson, Michigan Journal of International Law, disponible en Internet en la página de dicha revista.

⁵³ Por ello afirma: "Thus, we must extend our concept of Law to encompass norms operating beyond the legal sources of the nation state and international Law. Transnational communities or autonomous fragments of society, such as the globalized economy, science, technology the mass media, medicine, education, and transport, are developing a strong "norm hunger", an enormous demand for regulatory norms, which cannot be satisfied by national or international institutions. Instead, they satisfy their demand through a direct recourse to Law. Increasingly, global private regimes are creating their own substantive Law. They make use of their own sources of Law, which lie outside the spheres of national Law making and international treaties".

communicative medium. On the other side is no longer simply the compact individual. Instead, the protection of the individual splits up into three main dimensions:

- Institutional rights protecting the autonomy of social discourses- the autonomy of art, of science, of religion- against their subjugation of the totalizing tendencies of the communicative matrix;
- Personal rights protecting the autonomy of communications, attributed not to institutions, but to the social artifacts called "persons";
- Human rights as negative bounds on societal communication, where the integrity of individuals' body and mind is endangered by a communicative matrix".

De hecho, parece que tiene razón Marcelo Neves⁵⁴ cuando preconiza la necesidad de un diálogo transconstitucional o una "*conversación constructiva*" para que haya respuestas satisfactorias a los problemas derivados de los diferentes órdenes jurídicos mundiales, sobre todo, en la interfaz entre derecho internacional y estatal.

El autor ofrece algunos ejemplos para ilustrar la necesidad de dicha conversación. Dice: "En primero lugar, cabe enfatizar la relación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y las culturas jurídicas consolidadas de los órdenes constitucionales de los respectivos Estados europeos vinculados a él. No obstante el art. 46.1. de la Convención Europea de Derechos Humanos establezca que "las Altas Partes Contratantes se obligan a respetar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes" no se constata una aplicación igual y armónica de la Convención, y no se presenta como evidente ni plausible la pura imposición de las resoluciones del TEDH contra los órdenes constitucionales de los Estados. Las reacciones a la Convención y a las resoluciones del Tribunal varían ampliamente entre los Estados. También el TEDH precisa ser capaz de aprendizaje y adaptación frente al desarrollo de las comprensiones particulares de los derechos fundamentales en los diversos órdenes jurídicos nacionales".

A continuación el autor comenta que en Alemania, aunque se admita haberse procesado una evolución en el sentido de atribuir al tratado una jerarquía superior a la ley ordinaria (como también en Brasil, más recientemente), se afirma aún la fundamentación constitucional de la CEDH. Ello implica que los Derechos Humanos de la CEDH, aunque estén contemplados en el art. 24.1 de la Ley Fundamental, están situados al lado de los derechos fundamentales alemanes, y por lo tanto, no se pueden invocar inmediatamente en una reclamación constitucional.

Menciona las decisiones y orientaciones de los casos Caroline de Mónaco⁵⁵, en el TCF alemán y en el TEDH, con diferentes orientaciones y finalmente trae el caso

⁵⁴ Ob. Cit. Página 120 en adelante.

⁵⁵ Algunas revistas alemanas publicaron fotos de la princesa Caroline de Mónaco en diversas situaciones del día a día. Entendiendo que las publicaciones violaban su derecho a la privacidad, instauró una acción para prohibir la publicación reiterada de las fotos en la prensa escrita pues, según alegaba, había violación a su vida privada. El caso llegó al Tribunal Constitucional, que terminó por hacer una distinción entre tres categorías o grupos de fotos: (a) fotos

Gorgulu, de 2004, donde se operó la consolidación de la posición que establece límites a la aplicación interna de las resoluciones del TEDH, considerando la hipótesis de que sean consideradas contrarias a los derechos fundamentales y a los principios del Estado de Derecho establecidos en la Constitución alemana, "El Tribunal Constitucional alemán debe tener en cuenta las resoluciones del TEDH, pero no está vinculado a ellas"⁵⁶.

Afirma que en el derecho constitucional alemán, el texto de la CEDH y la jurisprudencia del TEDH sirven como medios auxiliares de interpretación para determinar el contenido y la amplitud de los derechos fundamentales y de los principios del Estado de Derecho, siempre que no conduzcan a la disminución o limitación de la protección de los derechos fundamentales prescritos en la Ley Fundamental.

Pondera que una negación narcisista de las normas de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por parte de los tribunales estatales no parece soportable en el grado de integración europea. De ahí ser imprescindible también que los tribunales nacionales dedicados a la solución de cuestiones concernientes a los Derechos Humanos deben buscar desarrollar una racionalidad transversal frente al orden jurídico de la CEDH.

Comenta aún la orientación del Tribunal Constitucional de Austria que tomó posición por la inmediata aplicación de las normas de la CEDH en el ámbito interno, asumiendo que la Convención es parte integrante del derecho constitucional austríaco, en los términos de la reforma constitucional adoptada en 1964.

Afirma que la posición del Consejo Constitucional francés con respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos apunta hacia una cierta apertura para una "conversación constructiva"⁵⁷.

Por fin, con relación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Marcelo Neves señala la existencia de otro caso de relevancia para el Transconstitucionalismo. Dice que los tribunales nacionales de la región también revén su jurisprudencia al amparo de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ha habido una disposición de diálogo en cuestiones constitucionales comunes referentes a

del cotidiano de la princesa, haciendo compras, andando en bicicleta o a caballo; (b) fotos de la princesa en compañía de un actor, mientras comía en un restaurante; y (c) fotos con los hijos. El Tribunal entendió que el peso de los derechos involucrados variaba en cada uno de los grupos, en un grado de menor a mayor privacidad (de acuerdo con las situaciones en que se presentaban), mereciendo por ello mayor, menor o ínfima protección. Inconformada, recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos, alegando que su derecho a la privacidad no había sido protegido adecuadamente en el orden doméstico. La Corte juzgó de forma favorable a la princesa, y resolvió que las fotos que no tuvieran interés público, no importaba si el fotografiado era o no una personalidad pública, herían el derecho a la privacidad y no deberían ser publicadas. Reconoció, por tanto, un peso específico mayor al derecho a la privacidad.

⁵⁶ Vide el mismo Marcelo Neves que en la misma obra analiza la situación de Austria, Francia, Reino Unido entre otras. Vide también Anne- Marie Slaughter, "A Global Community of Courts", Volume 44, Number 1, Winter 2003, Harvard International Law Review. 191.

⁵⁷ Tesis ya citada, página 125

la protección de los Derechos Humanos, de tal manera que se amplía la aplicación del derecho convencional por parte de los tribunales domésticos.

Cita el caso en Brasil de la colisión entre el artículo 7º, nº 7, de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 5º, inciso LXVII, de la Constitución brasileña. Mientras dicha disposición constitucional permite la prisión civil del depositario infiel, el precepto de la Convención lo prohíbe. En el fallo del RE 466343/SP, y en otros, el Supremo Tribunal Federal resolvió el 3 de diciembre de 2008, por mayoría, que los tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, cuando no sean aprobados según los términos procedimentales del artículo 5º, §3º, de la Constitución Federal (procedimiento idéntico al de una Enmienda Constitucional), tienen una jerarquía supralegal, pero infra constitucional. Este caso dio lugar a una amplia discusión respecto a la incorporación de los tratados de Derechos Humanos al orden jurídico brasileño.

Una tendencia en el análisis del caso fue la defensa de una solución en el sentido de la validez interna ilimitada del mencionado precepto de la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada, teniendo en cuenta que dicha norma conduciría a una ampliación de los derechos constitucionalmente establecidos, de suerte que el derecho que ella contiene estaría fundado en el artículo 5, §2º, de la Constitución Federal. Sin embargo, también según la interpretación restrictiva con relación al nivel de validez interna del precepto de la CADH, no se excluye una solución positiva para la ampliación de la práctica de los derechos fundamentales: el argumento a favor de la validez supralegal e infra constitucional de la Convención ratificada respalda un fallo en el sentido de que la Constitución admitió únicamente la prisión del depositario infiel; entonces, el derecho infra constitucional podría decidir libremente cuanto al permiso o prohibición, y en ese caso, el pacto internacional prevalecería sobre el Código Civil brasileño. Sólo el mantenimiento de la orientación dominante anteriormente en la tradición jurídica brasileña, o sea, la concepción de que los actos internacionales ratificados tienen el nivel de validez de una ley ordinaria podría llevar a un conflicto insuperable entre el STR y la CIDH, pues el nuevo Código Civil entró en vigor después de la ratificación del tratado y, en ese caso, prevalecería la máxima *lex posterior derogat priori*.

Sostenida esta posición, el STF estaría rompiendo un diálogo constitucional con la CIDH acerca de una comprensión de los Derechos Humanos y de los derechos fundamentales. Sin embargo, en la discusión entablada, parece claro haber sido colocado en primer plano el esfuerzo con miras a la formación de una racionalidad transversal que se muestre soportable a los dos órdenes jurídicos⁵⁸.

⁵⁸ Todo de acuerdo con Marcelo Neves, en la citada tesis, página 129.

Finalizamos aquí sustentando con Virgílio Afonso da Silva⁵⁹ la posición según la cual *el valor* de las decisiones de tribunales como la Corte Europea de Derechos Humanos *es sobre todo un valor argumentativo*. Claro, dice el autor, que como resolución judicial, ésta vincula a las partes involucradas en cada caso concreto, pero solamente al caso concreto. Además, el deber de los tribunales es el de tener en consideración, *en la medida de lo metodológicamente sostenible*, las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos, según la interpretación que de éstas hace la Corte Europea. En este sentido, es posible afirmar que las resoluciones de la CEDH generan, sobre todo, cargas argumentativas.

Los tribunales tienen que ocuparse de ellas de forma explícita, y en su caso, *fundamentar de manera consistente por qué no se sigue la interpretación supranacional*⁶⁰.

Hay un largo camino por recorrer en Brasil, para hablar de nuestra realidad, hasta que el derecho supranacional se vuelva realidad.

En lo que se refiere al MERCOSUR por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal alejó, a la vista de las disposiciones constitucionales en vigor, la viabilidad constitucional de la aplicabilidad directa de instrumentos de cooperación regional, como el Protocolo de Medidas Cautelares.

En el AG Rg nº 8.279-Argentina, cuyo Relator fue el Ministro Celso de Mello, DJ de 29.06.1998, el STF resolvió que la Convención aún no incorporada al derecho interno brasileño adoptado por el MERCOSUR, no obstante aprobado por el Congreso Nacional, todavía no estaba incorporada al sistema de derecho positivo interno, pues faltaba proceder a su promulgación mediante un decreto del Presidente de la República (Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto-MG, en la Carta Rogatoria nº 8.297).

Posteriormente, en el Agravo Regimental contenido en la Carta Rogatoria nº 9.194, el STF aplicó el protocolo de cautelares del Mercosur, ya incorporado al orden jurídico interno.

Gilmar Ferreira Mendes⁶¹, sobre el tema enseña que el Supremo Tribunal Federal, "ha asumido la posición centralizadora y formalista que le ha sido atribuida constitucionalmente. Dicha postura acaba por manifestar una especie de *persistente indiferencia*, o hasta incluso una *mala voluntad* del Poder Judicial brasileño con relación a las cuestiones de derecho comunitario, en este entorno que presenta como posibilidad una configuración supranacional.

⁵⁹ Virgílio Afonso da Silva, "Colisões de Direitos Fundamentais entre Ordem Nacional e Ordem Transnacional", na obra, "Transnacionalidade do Direito", coordenada por Marcelo Neves, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2010, página 109.

⁶⁰ Negrita en original.

⁶¹ "A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais" artículo incluido en la obra citada, coordinada por Marcelo Neves à página, 270. Nótese que Gilmar Ferrera Mendes también integra el Supremo Tribunal Federal brasileño. Es uno de los once "Ministros" (jueces) de la "Corte Constitucional" brasileña.

Ya en lo que respecta al tema de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conducido avances en varios casos emblemáticos de Brasil.

Recuerda Gilmar Mendes que en setiembre del 2003, el Estado brasileño firmó, por primera vez, un acuerdo de solución amistosa, reconociendo su responsabilidad internacional ante la violación a los Derechos Humanos practicada por particulares.

La víctima José Pereira, en la época con 17 años de edad, fue forzada a trabajar en condiciones análogas a la esclavitud en la Hacienda "Espírito Santo". Alcanzado por disparos de arma de fuego efectuados por pistoleros mientras intentaba huir de la hacienda, sufrió lesiones permanentes en la mano y en el ojo derecho.

El acuerdo constituyó un marco en las resoluciones relativas a la violación de los Derechos Humanos en el país. A pesar de que este tipo de resolución sea ya común entre los países miembros de la OEA, Brasil nunca había asumido su responsabilidad en estos términos. El acuerdo abre la posibilidad de que casos semejantes de violación se decidan de manera semejante.

Acompañamos también la lección de Gilmar Mendes⁶² cuando expresa, respecto al tema de la justicia constitucional en el texto supranacional:

"Podemos afirmar que, bajo la perspectiva brasileña, el problema central de la justicia constitucional en los entornos tendientes a la supranacionalidad presentados reside no solamente en el incipiente grado de institucionalización del Mercosur, o incluso en la reciente integración del país al sistema interamericano de Derechos Humanos, sino, sobre todo, en las dificultades impuestas por el propio modelo institucional del Poder Judicial diseñado por la Constitución Federal.

Reitérese, por tanto, que en el ámbito de la jurisdicción brasileña son patentes las dificultades en la implementación de una efectiva justicia en contextos supranacionales. En otras palabras, es necesario eliminar los preconceptos y asumir una postura jurisdiccional más adaptable a las realidades emergentes en el ámbito regional mundial.

(...) Así, se hace necesario redimensionar los papeles que ejercen los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de modo que puedan armonizar con los contextos tendientes a la supranacionalidad. (...) Ya en lo tocante al aspecto de la incorporación de los tratados y convenciones internacionales sobre los Derechos Humanos, la Enmienda Constitucional nº 45/2004 trajo una fórmula interesante. Se vislumbra la superación del problema de la aplicabilidad inmediata de los actos normativos internacionales.

En suma, sea en esa tendencia de consolidación del Mercosur, o aún de la implementación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la cuestión de la justicia constitucional en contextos supranacionales está íntimamente vinculada a los

⁶² Ob. Cit. Página 282, 283.

de la relación entre el derecho comunitario y el nacional en el ámbito de la transferencia de soberanía... Como todos saben, aunque se mencione el preconcepto de los latinoamericanos frente a esta idea de transferencia, las reformas implementadas en las constituciones de Argentina y de Paraguay ya traen positivadas la propia idea de esa posible delegación”.

Creo que para que el sistema de protección a los derechos de la persona humana tenga efectivamente actuación en el plano doméstico brasileño, deberíamos tomar algunas medidas concretas, a saber:

- Reconocer, en carácter subsidiario, la posibilidad de acceso a la jurisdicción internacional de modo que se haga posible la ejecución sin dilación de las resoluciones de los órganos supranacionales regionales;
- No obstante la Enmienda Constitucional nº 45/2004 sea un inequívoco avance en el tema de la protección de los Derechos Humanos, con la introducción del §3º al artículo 5º de la Constitución de Brasil, sería interesante *caminar más rápidamente* hacia el reconocimiento explícito de la jerarquía constitucional de los tratados celebrados por Brasil en materia de Derechos Humanos, al ejemplo de lo que sucede en la Constitución Argentina con la reforma de 1994 (art. 75 , n. 22) para disipar de una vez las dudas antiguas sobre el alcance, extensión y aplicabilidad del artículo 5ª, § 2º de la Constitución

Federal en el tema de los Derecho Humanos;

- La estipulación en la Constitución de una cláusula que subordine la denuncia de tratados sobre Derechos Humanos, por parte del Presidente de la República, a la previa aprobación del Congreso Nacional, a la semejanza de lo que dispone la Constitución de España y la de Holanda y Suecia (artículos 92, §20 y 94, §1º, “c”, art. 4º, art. 91, § 1º, respectivamente);
- Reconocer que el Estado brasileño debe rever determinadas declaraciones hechas con el propósito de restringir el alcance de mecanismos previstos en los tratados internacionales de Derechos Humanos, especialmente sobre salvedades a la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Flávia Piovesan⁶³), salvedad que evita la competencia jurisdiccional de la Corte Internacional de Justicia para solucionar eventual disputa que involucre la aplicación de dicha Convención tras un arbitraje fracasado.
- Ha llegado el momento de reconocer que el antiguo y sagrado derecho de petición individual y su consecuente acceso a la justicia a nivel internacional debe ser una realidad concreta y palpable.

⁶³ Posición defendida en la obra “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, 12ª Edição, Ed. Saraiva, 2011, página 359.

Finalizamos con las palabras del eminente internacionalista Antonio A. Cançado Trindade⁶⁴:

“Seamos realistas, sin el derecho de petición individual, y el consecuente acceso a la justicia a nivel internacional, los derechos consagrados en la Convención Americana se reducirían a poco más que letra muerta. Es por el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual que los derechos consagrados en la Convención se tornan *efectivos*. El derecho de petición individual abriga, en efecto, la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional. No nos omitiríamos ni hesitaríamos en enfatizar – permitiéndonos la metáfora- que el derecho de petición individual es indudablemente la estrella más luminosa en el firmamento de los Derechos Humanos”.

Son nuestros sinceros votos que esta reluciente estrella continúe brillando e iluminando nuestro camino y el de nuestros pueblos en América y en el mundo.

⁶⁴ Antônio A. Cançado Trindade, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2001, página 369.

IX.- BIBLIOGRAFÍA

Álvaro Rodríguez Bereijo, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", publicado en Noticias de la Unión Europea, nº 192, enero de 2001, páginas 9 a 20;

Ana Letícia Barauna Duarte Medeiros "Direito Internacional dos Direitos Humanos na América Latina", Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007, especialmente de la página 187 Polémicas Constitucionales, Editora Legis, Bogotá, 2008, página 321-332;

André Gonçalves Pereira y Fausto de Quadros, "Manual de Direito Internacional Público", 3ª Edição, Livraria Almedina, Lisboa, 2009, página 286 y ss;

Anne- Marie Slaughter, "A Global Community of Courts", Volume 44, Number 1, Winter 2003, Harvard International Law Review. 191;

Antônio A. Cançado Trindade, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en El siglo XXI", Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2006, Pagina 315;

Antônio A. Cançado Trindade, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI", Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2001, página 369;

Calógero Pizzolo, "Derecho e Integración Regional", Editora Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2010;

Carlos M. Ayala Corao, "La jerarquía constitucional de los tratados", FUNDAp, México, 2003;

Flávia Piovesan, "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", 12ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, página 119;

Geraldo Pisarello, "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", In, Carbonell Miguel y Rodolfo Vázquez (compiladores), *Estado Constitucional y Globalización*, México, Porrúa, UNAM, 2001, pg. 352 y siguientes;

Gisela Maria Bester, "Direito Constitucional", Volume I, Fundamentos Teóricos, Editora Manole, São Paulo, 2005, página 561;

Hector Fix-Zamudio, "Protección jurídico-constitucional de los Derechos Humanos de fuente internacional", página 1727 y siguientes en "Derecho Constitucional para el Siglo XXI, Tomo I", Editores Javier Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez y Manuel Carrasco Durán, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006;

Javier García Roca, "El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración", Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2010, página 31;

José Carlos Vieira de Andrade, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4ª edição, Ed. Almedina, 2009;

José Ramón Cossío Díaz "Constitutional Justice- in Ibero-America: Social Influence and Human Rights", publicado en la Mexican Law Review, UNAM, July- December 2009, página 153 a 161;

Joseph Nye, Cambridge University Press, www.jstor.org/stable/2009925, Princeton University, World Politics, Volume 27, Nº 1, Octubre 1974, pp. 39-62;

Jürgen Habermas, "A inclusão do outro", Tradução de George Sperber y Paulo Astor Soethe, San Pablo, Loyola, 2002, página 168;

Luis Roberto Barroso, "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial" (RTDP Tomo 55 página 47);

Marcelo Figueiredo, "El control de las políticas públicas por el Poder Judicial en Brasil", en la obra, Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo, coordinada por Victor Hernández Mendible, Ediciones Paredes, Venezuela, TOMO I, 2009, Caracas, página 673 a 713;

-----, "Interpretación constitucional por el Supremo Tribunal Federal de Brasil", publicado en la obra, *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*, Coordinado por Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto, UNAM, México, 2009;

-----, "La evolución político-constitucional de América del Sur 1976/2005", Librotécnica, Santiago, Chile, Coordinador Humberto Noguera Alcalá; Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la USP-SP, São Paulo 2009, página 104;

Markus Kotzur, "La Soberanía Hoy. Palabras Clave para un Diálogo Europeo-Latinoamericano Sobre un Atributo del Estado Constitucional Moderno", In "De la Soberanía al Derecho Constitucional común: Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano", Peter Haberle y Marcus Kotzur, UNAM, México 2003;

Matthias Herdegen, "La Internacionalización del orden constitucional", In, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2010, Uruguay, página 71 y siguientes;

Oscar Vilhena Vieira, "Direitos Fundamentais", Uma leitura da jurisprudência do STF, Editora Malheiros, São Paulo, 2006;

Rodrigo Brito Melgarejo, "Constitucionalismo Global", Editorial Porrúa, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2005, página 195;

Virgílio Afonso da Silva, "Colisões de Direitos Fundamentais entre Ordem Nacional e Ordem Transnacional", na obra, "Transnacionalidade do Direito", coordinada por Marcelo Neves, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2010, página 109.

EL JUEZ ESTATAL EN LA ERA DE CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS

Gonzalo AGUILAR CAVALLO (*)

- I. SUMARIO: I. — Introducción. II. — El constitucionalismo de los derechos humanos. III. — La supremacía de los derechos humanos. IV. — El control de las normas. IV.1.- La era del estado de derecho nacional e internacional. IV.2.- La evolución de la función y del principio de control. IV.2.1.- Control de legalidad. IV.2.2.- Control de constitucionalidad. IV.3.- Control de convencionalidad. V. — El control de convencionalidad según la jurisprudencia evolutiva de la Corte IDH. VI.- Evolución de la doctrina del control de convencionalidad. VII. La interpretación de la convención americana. VIII.- Conclusiones. IX.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la sentencia en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (26 de septiembre de 2006) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) ha reiterado en repetidas ocasiones su doctrina acerca del control de convencionalidad. Conforme arriban los casos ante la Corte IDH, la elaboración de esta doctrina ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. La doctrina en sí, y la evolución que ha experimentado, ha generado un debate en torno a su correcto sentido y alcance en el ámbito interno de los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH). El control de convencionalidad se inserta dentro del contexto más amplio de la tarea estatal de control y requiere un entendimiento moderno acerca del Estado de Derecho, cuya función de control le es inherente. El control de convencionalidad refleja la realidad jurídica global a la que se encuentra sujeto el juez estatal en el sentido de su rol de control y de garantía de un constitucionalismo de los derechos provenientes desde diversos niveles. Entendemos, en este sentido, que el respeto, protección y garantía de los derechos humanos a cargo de los Estados (y de la comunidad internacional) - con los respectivos deberes para los actores privados-, se erige como uno de los elementos medulares del constitucionalismo contemporáneo. En este contexto, el juez estatal se convierte en una pieza clave de la articulación y aseguramiento tanto de un Estado de Derecho nacional e internacional.

(*) Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho de la Universidad Andrés Bello (Santiago, Chile) y de la Universidad de Valparaíso (Valparaíso, Chile). gaguilarch@hotmail.com

La idea del constitucionalismo de los derechos provenientes de diversos niveles que refleja el control de convencionalidad implica preguntarse, en primer lugar, si son los jueces nacionales guardianes de la CADH y en términos más amplios, si son guardianes de la convencionalidad de las normas. Esta pregunta implica aclarar la posible relación existente entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Del mismo modo, la respuesta que se otorgue a esta pregunta significará establecer un criterio en cuanto a la relación jerárquica entre constitución y tratados de derechos humanos. La respuesta a esta pregunta se vería facilitada si simplemente examináramos la ubicación jerárquica de los derechos humanos propiamente tales. Pero, existen otras interrogantes que se plantean. ¿Quién debe efectuar el control de convencionalidad? ¿El juez nacional está obligado a realizar un control de convencionalidad de las normas? ¿Cuáles son las consecuencias que se pueden producir derivadas de este control de convencionalidad? ¿Cuál es la consecuencia para el Estado en relación con el control de convencionalidad, derivada del hecho de haber adoptado un mecanismo procesal de control concentrado o difuso de constitucionalidad?

En este trabajo, abordaremos la primera cuestión, esto es, en el contexto de un constitucionalismo de los derechos provenientes desde diversos niveles, si son los jueces estatales guardianes de la CADH y en términos más amplios, si son guardianes de la convencionalidad de las normas. Además, examinaremos el significado y alcance de las enseñanzas de la Corte IDH respecto del control de convencionalidad.

A través del control de convencionalidad, la Corte IDH señala a los Estados partes que la actuación u omisión de cualquiera de sus poderes dentro de su jurisdicción debe conformarse a sus obligaciones convencionales, las cuales son debidamente complementadas y completadas a través de la interpretación de autoridad del órgano encargado de supervigilar su cumplimiento. Según nuestra visión, el control de convencionalidad es una manifestación concreta de la nueva dimensión del Estado de Derecho de los derechos humanos en una sociedad democrática (latinoamericana).

En este estudio examinaremos brevemente el control de convencionalidad dentro del tema más amplio del constitucionalismo de los derechos humanos y de la supremacía de los derechos humanos así como dentro del contexto de la teoría del control de las normas (I) y luego abordaremos el análisis de la doctrina del control de convencionalidad según ha sido propuesta por la Corte IDH a través de su evolución jurisprudencial, intentando analizar sucintamente las críticas que se le plantean (II).

II. EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El control de convencionalidad ha sido planteado en forma recurrente por la Corte IDH, indicando que existe una obligación de los jueces estatales de controlar la adecuación de los actos internos a la CADH y a su interpretación autorizada. Por lo

tanto, en este sentido, el control de convencionalidad se plantea en el contexto del cumplimiento de las obligaciones convencionales en materia de derechos humanos asumidas por el Estado y, en consecuencia, dicho control de convencionalidad se encuentra vinculado con el lugar que ocupan las obligaciones de derechos humanos en el edificio jurídico interno. Además, en esta parte, se abordará la función de control, su inserción esencial dentro del esquema del Estado de Derecho en el plano nacional e internacional, y los distintos tipos de control en que se concreta esta función.

III. LA SUPREMACÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

¿Un juez nacional puede posponer, desconocer o no aplicar el derecho internacional de los derechos humanos convencionalmente aceptado por el Estado? Ciertamente una respuesta positiva haría caer todo el peso de la justificación del incumplimiento en el Estado. El juez representa al Estado, y como órgano del Estado, se encuentra obligado por los compromisos internacionales que el Estado ha adquirido.¹

Los órganos del Estado, así como todo individuo, grupo o comunidad deben actuar conforme a Derecho, en toda la extensión que este último concepto significa, el cual excede por mucho la simple comprensión formal de la ley y la Constitución. La comunidad, nacional e internacional, se dota de reglas, en base a principios y valores subyacentes en ella, para cumplirlas. No se puede suponer que los individuos deberían actuar incumpliendo el Derecho porque eso conduciría al caos, nacional e internacional, dependiendo del nivel en el que se produzca esta conducta incumplidora por parte de los actores sociales.

En este sentido y desde la perspectiva de los derechos humanos es indudable que el Derecho entendido como fuente de normas no se agota en la ley ni en la Constitución, y evidentemente, el juez estatal debería tener en consideración fuentes esenciales de los derechos humanos tales como la costumbre y, como un mecanismo colaborador, la jurisprudencia.²

Esto último se hace especialmente patente en un contexto en el que el Estado ha decidido soberanamente incorporarse en organizaciones intergubernamentales internacionales –regionales o universales–, las cuales han fijado como instrumentos esenciales de la convivencia social de dichas organizaciones, tanto declaraciones como

¹ “Bringing about conditions for maintaining equality and complying with the obligations following from international agreements and other rules of international law is an obligatory principle.” Constitutional Court of the Republic of Moldova: Acts of the Constitutional Court of the Republic of Moldova, Resolution on the control of constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court, para. 2. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, N° 161-164 (3048-3051) 12 October 2007.

² “[T]he focus should not only be upon formalized rules in the form of treaties. Also legal practice forms part of a legal order.” Ulfstein, Geir: “Empowerment and Constitutional Control”, EJIL Talk! Wednesday, July 14, 2010. Available at: <http://www.ejiltalk.org/empowerment-and-constitutional-control/> [Last visited on 24/06/2011]

tratados internacionales de derechos humanos. En esta línea, es pertinente asignarle su adecuado valor a dos principios que Kelsen valoraba mucho, esto es, el *principio pacta sunt servanda* y el *principio de bona fides*, -considerados como principios de la esencia del concepto mismo de Derecho-.³

En realidad, el orden constitucional contemporáneo ha perfeccionado el ejercicio de la democracia y la generación democrática de sus normas, enmarcándolo dentro del ámbito de protección reforzada de los derechos de las minorías, de los excluidos, de los marginados, de los vulnerables. Solamente una democracia inclusiva, no únicamente en el ámbito social y económico, sino además en el nivel normativo, poseerá real legitimidad frente a la comunidad. Una democracia cohesiva, que considere a todos y los derechos de todos -individuos, comunidades y pueblos- como reales sujetos de derechos, gozará de verdadera legitimidad democrática.

Los derechos humanos complementan y fortalecen el Estado constitucional pues con dichos derechos ya no es suficiente satisfacer el estándar de la actuación dentro de la ley (principio de legalidad) sino que además es necesaria una actuación dentro de la constitución (estado constitucional), y, por sobre todo, es necesaria una conducta dotada de legitimidad democrática. En este sentido, los derechos humanos constituyen el necesario aporte ético-normativo que complementan la ley, de tal manera que ya no es suficiente actuar dentro del margen de la ley sino que además se exige una conducta valórica respetuosa de los derechos humanos para que tal comportamiento en una sociedad democrática sea legítimo. Este es el verdadero triunfo del constitucionalismo contemporáneo; la Constitución es representativa de un consenso de todos los individuos, comunidades y pueblos bajo su jurisdicción, en donde los grupos minoritarios tienen asegurado un estándar mínimo de derechos, y eso constituye el núcleo irreductible e indeleble que el orden constitucional de los derechos humanos les garantiza.⁴

Por cierto, tal como el Juez Marshall señaló, el constitucionalismo estadounidense, de cuya fuente de inspiración es el constitucionalismo latinoamericano, es entendido como el gobierno de las leyes (*rule of law*) y no el gobierno de los hombres⁵ (monarquía absoluta – tiranía). El progreso que ha realizado el constitucionalismo contemporáneo con respecto a aquellas primeras épocas de un constitucionalismo moderno, es que hoy la Constitución permite asegurar, no sólo un

³ “One of the main principles of international law is *pacta sunt servanda* which requires *bona fide* compliance of the agreements to which a State has acceded.” Constitutional Court of the Republic of Moldova: Acts of the Constitutional Court of the Republic of Moldova, Resolution on the control of constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court, para. 2. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, N° 161-164 (3048-3051) 12 October 2007.

⁴ Los derechos fundamentales “son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre –de los derechos de libertad a los derechos sociales- contra las contingentes mayorías. Es más: esta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría, y al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción.” Ferrajoli, Luigi: *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2ª edición, 2010, p. 55.

⁵ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U.S. 137 (U.S. Dist. Col.), 1803 WL 893 (U.S. Dist. Col.)

gobierno de las leyes, sino además y primordialmente, un gobierno de los derechos humanos al servicio del ser humano y de su dignidad.

Este orden constitucional de los derechos humanos se encuentra complementado por un orden internacional de los derechos humanos, con dos niveles, el nivel regional y el nivel universal de los derechos humanos. Todo el conjunto jurídico de valores, principios y normas que confirman este sistema de derechos humanos multinivel –constitucional, internacional regional e internacional universal– configura un sistema único coherente de protección de los derechos humanos.

El respeto, protección y plena realización de los derechos humanos sería, entre los varios elementos que lo compone, la médula del constitucionalismo contemporáneo. El constitucionalismo es connatural a la existencia y protección de los derechos humanos. La noción aquí utilizada del constitucionalismo no se encuentra amarrada a la existencia de una constitución escrita, según el modelo norteamericano, sino más bien se encuentra anclada en valores y principios constitucionales. Constitucionalismo en este sentido es entendido como un orden jurídico compartido que arranca de tradiciones constitucionales comunes y el cual se encuentra transversalmente atravesado por un conjunto de valores constitucionales comunes, donde los derechos humanos realizan una función aglutinadora y ocupan una posición dominante. En este sentido de constitucionalismo, los derechos humanos emergen como el nuevo *ius commune*.⁶ Por consecuencia, en este contexto, el constitucionalismo es entendido como el constitucionalismo inglés, esto es, no dependiente de una constitución escrita. Los derechos humanos –expresión fundamental del constitucionalismo– se encuentran protegidos en distintos niveles que exceden los márgenes tradicionales de los Estados. De acuerdo con esta comprensión del rol constitucional de los derechos humanos se podría sostener que las cortes internacionales de derechos humanos realizan una labor constitucional en la misma línea que lo hace un juez estatal, especialmente el juez constitucional, como juez de la libertad. Además, en este contexto, se inserta la idea de un Estado de Derecho que se proyecta tanto en el plano nacional como internacional. Justamente, es en este sentido que se habla de un constitucionalismo en diversos niveles.

Ambos ordenes normativos de los derechos humanos se encuentran íntimamente relacionados, vinculados, son indivisibles, interdependientes e interrelacionados, uno no se entiende integralmente, sin el otro y viceversa. El orden constitucional de los derechos humanos y los órganos que lo supervisan requieren y encuentran su necesario complemento en el nivel internacional y, a su vez, el orden internacional de los derechos humanos y los órganos encargados de su vigilancia requieren y encuentran su complemento en el nivel constitucional. Por esta razón es que existe hoy en día un necesario entrecruzamiento entre la diversas funciones de los distintos órdenes normativos –constitucional e internacional– con respecto a los derechos humanos, y así vemos cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁶ McCrudden, Christopher: "A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights", in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, núm. 4 (2000), pp. 499-532.

y la Corte Europea de Derechos Humanos se nutren de las experiencias y de los valores constitucionales estatales y a su vez, las Cortes Constitucionales o Cortes Supremas de los Estados tienden a nutrirse, a alimentarse, a asumir, a verificar, a contrarrestar, las enseñanzas derivadas de los pronunciamientos tanto de la Corte Interamericana como de la Corte Europea.⁷ En otras palabras se asiste en forma creciente a un proceso multidimensional y multidireccional de diálogo jurisprudencial. A través de este diálogo entre jueces tendiente a lograr la armonía y el enriquecimiento mutuo entre los distintos niveles de protección del ser humano se produce una fecunda fertilización cruzada.⁸ Esta práctica es mucho más frecuente en los Estados europeos debido a la mayor longevidad del sistema europeo de protección de los derechos humanos y porque su operatividad concreta es mucho más frecuente debido a que el individuo no se encuentra sometido a mayores restricciones en el acceso a la justicia como es el caso en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, donde no puede recurrir directamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, esta práctica produce un enriquecimiento mutuo que sólo puede arrojar beneficios para el ser humano, las comunidades y pueblos.⁹ Sólo la suma del orden constitucional y del orden internacional de los derechos humanos fundamentales puede proporcionar una protección a la integralidad del ser humano, singularmente de aquellos que se encuentran en minoría, o forman parte de grupos marginados, excluidos o vulnerables, especialmente cuando esta protección es realizada a través de un mecanismo jurisdiccional doméstico, como por ejemplo, el Tribunal Constitucional. Por esta razón los derechos humanos actúan como un agente catalizador de la comunidad, fortaleciéndola, haciéndola más inclusiva. En este sentido los derechos humanos cumplen una función crucial de cohesión social.

El constitucionalismo contemporáneo de los derechos humanos se funda en valores y reglas constitucionales que reconocen derechos humanos y órganos jurisdiccionales que las protegen y velan por su respeto en diversos niveles. En

⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 9, núm. 2 (2011), pp. 531-622.

⁸ Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.): *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2012, passim; Bazán, Víctor: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable". Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/215.pdf> [Visitado el 13/06/2012]

⁹ "There is no sign of a constitutionalized global judicial system of supranational character. But the system may still work as an integrated system in practice. This requires, however, that both the international and national judiciary define their respective roles. International tribunals should, while upholding the effectiveness of international obligations, respect the principle of subsidiarity as regards the relationship between states and their citizens. National courts should neither be too defensive or antagonistic when it comes to respecting judgments international judgments, but rather take active part in the interpretation and development of international law. To the extent that international tribunals and national courts acknowledge their respective functions in the interpretation and application of international law – although tensions will inevitably arise – the combined international and national judicial judiciary may in practice work as a constitutionalized system." Ulfstein, Geir: "Empowerment and Constitutional Control", EJIL Talk! Wednesday, July 14, 2010. Available at: <http://www.ejiltalk.org/empowerment-and-constitutional-control/> [Last visited on 24/06/2011]

aquellos Estados que cuentan con un Tribunal Constitucional, este órgano tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución, pero naturalmente todos los jueces tienen el derecho y el deber de aplicar la Constitución.¹⁰ Este último es un principio elemental del Estado de Derecho moderno en una sociedad democrática. Esta es la faz positiva de este derecho y deber. La faz negativa implicaría que los jueces – encargados de administrar justicia- tienen el derecho y el deber de no aplicar normas infraconstitucionales contrarias a la Constitución y a los derechos humanos fundamentales incorporados en el ordenamiento estatal. En el caso chileno, el juez puede recurrir al mecanismo previsto en el artículo 93 N°6 de la Constitución, para pedirle al juez constitucional que declare formalmente dicha inaplicabilidad. Incluso sería pensable la existencia de normas formalmente constitucionales que son contrarias a normas materialmente constitucionales. Esto último es posible sobre todo en constituciones escritas que han sido gestadas durante regímenes de facto y que, con posterioridad, han accedido a un sistema formalmente democrático.

Todos los jueces deben administrar justicia, razón por la cual los sistemas constitucionales democráticos aseguran por la vía constitucional la existencia de un poder judicial independiente e imparcial. En este rol de administrar justicia, la dimensión material corresponde a la protección de los derechos fundamentales de los individuos, comunidades y pueblos. En el cumplimiento de esta misión fundamental, el juez estatal debe nutrirse de todas las fuentes de las que surge el derecho de los derechos humanos aplicables en el orden estatal. Los jueces estatales se convertirían en órganos protectores de los derechos fundamentales. Cada acto jurisdiccional es una actualización viviente de la promesa constitucional de respeto, protección y aseguramiento de los derechos humanos de los individuos. Ignorar esta función implicaría cerrar los ojos ante el Derecho –entendido en términos de justicia material- y abrir la puerta a la arbitrariedad, a la injusticia y a la ley del más fuerte.¹¹

Una visión posible, que nosotros compartimos, acerca de una estructura integrada de normas de derechos humanos, es la señalada por el juez *ad hoc* Figueiredo Caldas, al mencionar, respecto de la CADH, que “[p]ara todos los Estados del continente americano que libremente la adoptaron, la Convención equivale a una Constitución supranacional referente a Derechos Humanos. Todos los poderes públicos y esferas nacionales, así como las respectivas legislaciones federales, estatales y municipales de todos los Estados adherentes están obligados a respetarla y a ella adecuarse.”¹² En este mismo sentido, Gonzaga Jayme observa que la Corte IDH se constituye en el órgano soberano de control de los compromisos y principios asumidos

¹⁰ Garlicki, Lech: “Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdictions in Europe”, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, N° 3 &4 (2008), pp. 509-530.

¹¹ Zagrebelsky, Gustavo: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (Traducción de Marina Gascón) Madrid, Trotta, 5ª edición, 2003; Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi) Madrid:Trotta, 3ª edición, 1999.

¹² Corte IDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219. Voto razonado del Juez Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas, par. 5.

por el Estado. Y la CADH constituye una norma suprema que debe ser observada en el plano interno por todas las autoridades estatales, independientemente de su grado jerárquico.” Esta visión es coincidente con la del juez Cançado Trindade quien afirma que “[l]a Convención Americana, además de otros tratados de derechos humanos, buscan, *a contrario sensu*, tener en el derecho interno de los Estados Parte el efecto de perfeccionarlo, para maximizar la protección de los derechos consagrados, acarreado, en este propósito, siempre que necesario, la revisión o revocación de leyes nacionales [...] que no se conformen con sus estándares de protección.”¹³ Los Estados no pueden esperar que sea la Convención Americana o su jurisprudencia que se adapte a las soluciones del derecho constitucional o del derecho público interno, so pena de desnaturalizar el objeto y fin del tratado y de mutilar el instrumento de protección. En consecuencia, en defensa de la garantía de la supremacía de los derechos humanos se hace necesario reconocer la importancia de la CADH y de su interpretación, e incorporarla de inmediato al ordenamiento nacional.¹⁴

La supremacía de los derechos humanos surge como una supragarantía para los individuos y las comunidades bajo la jurisdicción estatal. Así, según Gonzaga Jayme, la soberanía no puede ser invocada para justificar el incumplimiento de la CADH, dada la especificidad de ésta, que busca asegurar derechos que integran la condición de personas, sin las cuales el individuo quedaría deshumanizado.¹⁵

En los últimos años, sobre todo en América Latina, se le ha ido asignando crecientemente a los instrumentos internacionales de derechos humanos rango constitucional, haciendo, dicha cláusula constitucional, de apertura o puente entre los diversos órdenes normativos.¹⁶ García Ramírez ha señalado en este sentido que

¹³ Corte IDH: *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, par. 14.

¹⁴ Corte IDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219. Voto razonado del Juez Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas, par. 10.

¹⁵ Gonzaga Jayme, Fernando: “A relação entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito interno”, en *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* N° 53 (jul./dez.2008), pp. 1-18, especialmente, pp. 15-16; Vid. La opinión del Tribunal Constitucional de Moldavia: “The constitutional provision on the priority of international human rights rules covers laws and other national normative acts notwithstanding the date of their adoption. Thus, the provisions of the ICC Statute may be applied to nationals of the Republic of Moldova, including officials.” *Constitutional Court of the Republic of Moldova: Acts of the Constitutional Court of the Republic of Moldova, Resolution on the control of constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court*, para. 3. *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, N° 161-164 (3048-3051) 12 October 2007.

¹⁶ “Essa Convenção [Americana de Direitos Humanos] é norma material e formalmente compatível com a Constituição da República, porquanto legitimamente incorporada ao ordenamento jurídico interno com observância dos mandamentos constitucionais vigentes e a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, considerando-se o fenômeno da recepção, adquire indubitavelmente hierarquia constitucional. Entendimento contrário mostra-se em desarmonia com os princípios fundamentais da Constituição da República, entre os quais se tem como postulado maior o princípio da dignidade da pessoa humana.” Gonzaga Jayme, Fernando: “A relação entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito interno”, en *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* N° 53 (jul./dez.2008), pp. 1-18, especialmente, pp. 15-16

“[d]iversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que “tienden el puente” entre ambos órdenes y a la postre benefician a quien es preciso favorecer: el ser humano.”¹⁷ En este contexto, podemos mencionar las Constituciones de Argentina,¹⁸ Venezuela,¹⁹ República Dominicana,²⁰ y Chile²¹.

¹⁷ “[E]s preciso alentar la conexión expresa y suficiente --que resuelva colisiones y supere problemas de interpretación, que finalmente pueden significar incertidumbre o merma en el estatuto de derechos y libertades personales-- entre el orden interno y el orden internacional. Diversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que “tienden el puente” entre ambos órdenes y a la postre benefician a quien es preciso favorecer: el ser humano. Así sucede cuando un texto supremo otorga el más alto valor a los tratados internacionales sobre derechos humanos o cuando advierte que prevalecerá, en caso de diferencia o discrepancia, la norma que contenga mayores garantías o más amplio derechos para las personas.” Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru, del 24 de noviembre de 2006, par. 10.

¹⁸ “Art. 75.- Corresponde al Congreso:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.” Constitución argentina de 1994.

¹⁹ “Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.” Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela de 2000.

²⁰ “Artículo 74.- Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: [...]

3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;” Constitución de la Republica Dominicana de 26 de enero de 2010.

²¹ “Artículo 5° La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” Constitución Política de la Republica de Chile de 1980.

Incluso un sector de la doctrina sostendría que los tratados de derechos humanos tendrían rango supraconstitucional, aun cuando esto continuaría formando parte del debate doctrinal.²² En todo caso, algunas constituciones latinoamericanas tales como Bolivia,²³ Colombia,²⁴ Ecuador,²⁵ y Guatemala,²⁶ parecerían apuntar en esa dirección. Algunos autores se centran en la discusión en torno al tipo de fuente formal,

²² Cfr. Ambas posiciones en Nogueira, Humberto: “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, Vol. 9, núm. 1, (2003), pp. 403-466; Nogueira, Humberto: “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 341-380, especialmente, pp. 348-349; Precht Pizarro, Jorge Enrique: “Vino nuevo en odres viejos: derecho internacional convencional y derecho interno chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 381-405; Bertelsen Repetto, Raúl: “Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 211-222; Infante, María Teresa: “Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 núm. 2 y 3, (1996), p. 284; Gaete, Eugenio: “Derecho Internacional y Derechos de los Estados: incorporación de los derechos humanos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), p. 275; Cumplido Cereceda, Francisco (1996): “Alcances de la Modificación del artículo 5º de la Constitución Política Chilena en Relación a los Tratados Internacionales”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 255-258; Ríos Álvarez, Lautaro: “Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos”, en *Ius et Praxis*, Vol. 2, núm. 2, (1997), pp. 101-112; Pfeffer Urquiaga, Emilio: “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, en *Ius et Praxis*, Vol. 9, núm. 1 (2003), pp. 467-484; Tellez Soto, Claudia: “Valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho interno”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, dic. 1998, vol.9, no.1, p.179-190; Henríquez Viñas, Miriam: “Los tratados internacional en la constitución reformada”, en *Revista de Derecho Público*, Volumen 69, Tomo I, (2007), pp. 313-323; Henríquez Viñas, Miriam Lorena: “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 6, núm. 2, (2008), pp. 73-119; Meza-Lopehandia, Matías: “Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile”, Documento de Trabajo N° 10 del Observatorio Ciudadano, 2a edición, 2010, pp. 103-159. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/wp-content/uploads/2010/07/Las-implicancias-de-la-ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-DCTO-N%C2%B0-10-SEGUNDA-EDICI%C3%93N-FINAL.pdf> [Visitado el 5/08/2011]

²³ “Artículo 256: I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.” Constitución de la República de Bolivia de 2009

²⁴ “Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” Dos primeros incisos de la Constitución de la República de Colombia de 1991.

²⁵ “Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.” Constitución de la República Ecuador de 2008.

²⁶ “Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.” Constitución Política de la República de Guatemala de 1985.

distinguiendo a los tratados de derechos humanos del contenido normativo, esto es, los derechos humanos mismos.²⁷

La óptica de la preeminencia de los derechos humanos implica un verdadero cambio de paradigma. Por ejemplo, una de las consecuencias del surgimiento del nuevo paradigma de los derechos humanos es el desarrollo del principio de interpretación evolutiva y la consideración de los textos –instrumentos internacionales e incluso la Constitución– como instrumentos vivientes. Así, por ejemplo, en el famoso caso *Marckx vs. Bélgica* de 1979, la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó que “la Convención debía, sin embargo, interpretarse a la luz de las condiciones contemporáneas, tomando en cuenta la evolución en las últimas décadas del derecho interno de la gran mayoría de los Estados miembros [...]”.²⁸ Parafraseando al juez Cançado Trindade, los instrumentos de derechos humanos –instrumentos internacionales e incluso la Constitución– adquieren vida propia que ciertamente se independiza de la voluntad individual de cada uno de los creadores de la norma, adaptándose a las necesidades humanas contemporáneas con el fin último de procurar el más amplio desarrollo y autorrealización tanto material como espiritual del hombre.²⁹

IV. EL CONTROL DE LAS NORMAS

El control de convencionalidad se inserta dentro del tema más amplio de la teoría del control y las tareas del Estado. Según ésta, la función de control está íntimamente vinculada con la noción de democracia, Estado de Derecho y con el

²⁷ Nogueira, Humberto: “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en Nogueira, Humberto: *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*. Santiago: Librotecnia, 2010, pp. 9-93, especialmente, p. 19.

²⁸ “Otras ilustraciones encuéntrase, por ejemplo, en las sentencias de la Corte Europea en los casos *Airey versus Irlanda* (1979) y *Dudgeon versus Reino Unido* (1981). El caso *Airey* es siempre recordado por la proyección de los derechos individuales clásicos en el ámbito de los derechos económicos y sociales; la Corte ponderó que, a pesar de la Convención haber originalmente contemplado esencialmente derechos civiles y políticos, ya no se podía dejar de admitir que algunos de estos derechos tienen prolongamientos en el dominio económico y social. Y, en el caso *Dudgeon*, al determinar la incompatibilidad de la legislación nacional sobre homosexualidad con el artículo 8 de la Convención Europea, la Corte ponderó que, con la evolución de los tiempos, en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa se dejó de creer que ciertas prácticas homosexuales (entre adultos, con su consentimiento) requerían por sí mismas una represión penal.” Vid. Corte IDH: *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999*. Serie A No. 16. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, par. 7, nota 104; Corte IDH: Opinión Consultiva OC-10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, de 14.07.1989, Serie A, n. 10, pp. 20-21, par. 37; European Court of Human Rights: *Tyrer versus United Kingdom case*, Judgment of 25.04.1978, Series A, n. 26, pp. 15-16, par. 31; Vid. La teoría del derecho viviente y la interpretación evolutiva respecto de las normas de carácter procesal en European Court of Human Rights: *Case of Loizidou versus Turkey* (Preliminary Objections), Strasbourg, C.E., Judgment of 23.03.1995, p. 23, par. 71.

²⁹ Corte IDH: *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999*. Serie A No. 16. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, par. 31.

ejercicio de la soberanía.³⁰ Los actos normativos en una sociedad –cuyo monopolio en la producción normativa, bajo el esquema clásico del Estado-Nación, pertenece al Estado- se encuentran sujetos a un control para determinar su legitimidad y su validez. Muchas veces depende del tipo de acto de que se trate la clase de control que le corresponde. Así, por ejemplo, frente a un acto jurídico el control que le corresponde es primordialmente de carácter jurídico.

Como se ha dicho, el principio del control es consubstancial al concepto de Estado de Derecho.³¹ Del mismo modo, “la noción de Estado de Derecho aparece íntimamente ligada a la relación entre Derecho y Estado, pues conlleva la idea de las limitaciones jurídicas al Estado y a los gobernantes”.³² El ejercicio del rol de control –principalmente de convencionalidad y de constitucionalidad- explicita la función del juez estatal –un órgano del Estado- como garante de un constitucionalismo de los derechos provenientes desde diversos niveles, articulado básicamente sobre el eje de la protección de los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia (1). La función de control de las normas deviene cada vez más compleja, de tal manera que requiere de determinación de los contornos y límites en sus diversos tipos, particularmente entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad (2).

IV.1 LA ERA DEL ESTADO DE DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL

El Estado de Derecho supone la plena vigencia del principio del control. De modo que no se puede examinar este último sin referirse previamente al marco del Estado de Derecho. Sin duda, el Estado de Derecho ha evolucionado vertiginosamente desde su forjamiento junto con la aparición del Estado-Nación. En cierta medida, el Estado de Derecho ha seguido el mismo derrotero evolutivo que ha experimentado la noción de Estado-Nación y el proceso creciente de limitación y regulación del poder público. El Estado de Derecho, como un concepto que denota sujeción y limitación del poder, se ha extendido también a todo poder, esto es, abarca el poder privado, en el sentido de exigencia natural de sujeción al Derecho. En este proceso evolutivo, la noción misma de sujeción al Derecho ha evolucionado, haciéndola más comprensiva, más integral, más abarcadora, en fin, representativa de valores y principios que la conciencia jurídica de la comunidad considera como supremos y fundamentales. Nos referimos a los derechos humanos que en el ámbito interno tradicionalmente son referidos como derechos fundamentales.

³⁰ Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, 2008, p. 201.

³¹ Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, 2008, p. 248.

³² Brunet Bruce, Marcelo: *Manual Derecho Político, Sociedad y Estado*. Santiago de Chile: Editorial Universidad Andrés Bello, 2006, p. 135.

En este sentido, el Estado de Derecho ha surgido y se ha consolidado a los ojos de los miembros de la comunidad como una fuente trascendental de legitimidad tanto del origen como del ejercicio del poder, como se ha dicho, de cualquier poder. El Estado constitucional de Derecho representado fundamentalmente por el respeto y protección de los derechos humanos, es una fuente principal de legitimidad. La actividad de control, necesaria para la real vigencia del Estado de Derecho, es esencial para afirmar la legitimidad del poder, ante los ojos de los individuos. La función de control, por lo tanto, cumple el rol de vigilancia de la actuación ajustada al Derecho y esencialmente a los derechos humanos. En esta línea, el control cumple un rol fundamental tanto de garantía para los ciudadanos como de consolidación de la democracia.

Por último, el Estado de Derecho ha excedido el marco mismo del Estado-Nación y se ha extendido a las relaciones que se desarrollan en el nivel de la comunidad internacional. La globalización no ha hecho sino impulsar y acelerar el desarrollo de consensos básicos en torno a los valores y principios fundamentales a los que se deben sujetar todos en su actuar, en cualquier momento y en cualquier circunstancia, y donde todos los miembros de la comunidad internacional tienen un interés esencial en que dichos valores y principios se respeten y cumplan y, en su defecto, en perseguir a los infractores. En esta línea, el Estado de Portugal ha manifestado que “[e]n un mundo en proceso de globalización, el estado de derecho en los planos nacional e internacional es una condición aún más necesaria para la interacción de los Estados y sus sociedades.”³³

Ferrajoli y Cançado Trindade se han encargado de fortalecer y desarrollar la doctrina del Estado de Derecho internacional. Ferrajoli, potenciado por las enseñanzas de Bobbio, ha planteado que “el Estado de derecho internacional debería superar el actual “gobierno mundial” ejercido por los cinco países que integran el Consejo de Seguridad de la ONU y dar lugar a una democracia internacional, acorde con el anterior y estructurada en los principios de solidaridad y autogobierno, “en una perspectiva mundial a la vez global y policéntrica”.³⁴ Por su parte, Cançado Trindade, en el caso *Alemania vs Italia*, relativo a la inmunidad jurisdiccional del Estado, ha expuesto con claridad el significado de un Estado de Derecho, tanto a nivel nacional como internacional. En esta línea, señala Cançado Trindade que el Estado de Derecho, especialmente a partir del siglo XX, se considera que está conformado por un conjunto de principios y valores fundamentales, y la idea subyacente de la necesaria limitación

³³ Asamblea General: Fortalecimiento y coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/65/318, 20 de agosto de 2010. Anexo: Portugal.

³⁴ Ferrajoli, Luigi: *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid: Trotta, 2004, pp. 80-99; Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999-2004, p. 37; Ferrajoli, Luigi: “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel et al. (Coords.): *Estado de Derecho. Concepto, fundamento y democratización en América Latina*. Mexico: UNAM-ITAM-Siglo XXI, 2002, pp. 180-205; Ruiz Valerio, José Fabián: “¿Hacia un Nuevo modelo de estado de Derecho? El Estado de Derecho Internacional en la visión de Luigi Ferrajoli”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol XI, 2011, pp. 119-146.

del poder. Uno de dichos principios fundamentales es aquel de la igualdad de todos ante el derecho.³⁵ En este mismo sentido tuvo también la oportunidad de pronunciarse la Corte IDH en la Opinión Consultiva relativa a la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, donde manifiesta que la prohibición de la discriminación y la igualdad son valores y principios fundamentales para la comunidad.³⁶ Sin lugar a dudas que a la base de la concepción del Estado de Derecho del siglo XXI tanto en el plano nacional como internacional se encuentra el *ius cogens*.³⁷

El juez Cançado Trindade rescata el componente esencial del Estado de Derecho relativo al respeto y protección de los derechos humanos, anterior y superior al Estado. Dentro del concepto mismo de Estado de Derecho, las Naciones Unidas promueven criterios constitucionales que apoyen la superioridad de los derechos humanos “como sólido fundamento del estado de derecho”.³⁸

³⁵ “This is even more compelling if one bears in mind the aforementioned tension in the current age of the rule of law at national and international levels. The origins of this concept (the rule of law essentially at domestic level), in both civil law and common law countries, can be traced back to the end of the XVIIIth century, and it gradually takes shape throughout the XIXth century. It comes to be seen, especially in the XXth century, as being conformed by a set of fundamental principles and values, and the underlying idea of the needed limitation of power. One of such principles is that of equality of all before the law.” International Court of Justice: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*. Judgment, 3 February 2012. Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 149.

³⁶ Corte IDH: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18; “En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, otro de los principios fundamentales, aunque no suficientemente desarrollado por la doctrina hasta la fecha, pero que permea todo su *corpus juris*, es precisamente el principio de la igualdad y la no-discriminación. [...] A la par del elemento constitutivo de la igualdad, - esencial al propio Estado de Derecho, - el otro elemento constitutivo, el de la no-discriminación, consignado en tantos instrumentos internacionales, asume importancia capital en el ejercicio de los derechos protegidos. La discriminación es definida, en las Convenciones sectoriales destinadas a su eliminación, esencialmente como cualquier distinción, exclusión, restricción o limitación, o privilegio, en detrimento de los derechos humanos en ellas consagrados. La prohibición de la discriminación abarca tanto la totalidad de estos derechos, en el plano sustantivo, como las condiciones de su ejercicio, en el plano procesal.” Corte IDH: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, para. 59; Pellissier, G.: *Le principe d'égalité en droit public*. Paris, LGDJ, 1996, p. 17.

³⁷ “Las manifestaciones del *jus cogens* internacional marcan presencia en la propia manera como los tratados de derechos humanos han sido interpretados y aplicados: las restricciones, en estos previstas, a los derechos humanos que consagran, son restrictivamente interpretadas, salvaguardando el Estado de Derecho, y demostrando que los derechos humanos no pertenecen al dominio del *jus dispositivum*, y no pueden ser considerados como simplemente “negociables”; todo lo contrario, permean ellos el propio orden jurídico nacional e internacional. En suma y conclusión sobre el punto en examen, la emergencia y consagración del *jus cogens* evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del *jus necessarium* sobre el *jus voluntarium*; el *jus cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores fundamentales que la guían.” Corte IDH: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, para. 73.

³⁸ “Las Naciones Unidas promueven los criterios constitucionales que incorporan directamente y dictan normas internacionales superiores de derechos humanos, incluso con respecto a un poder judicial independiente e imparcial, como sólido fundamento del estado de derecho.” Asamblea General: Informe anual sobre el fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/64/298, 17 de agosto de 2009, para. 25.

Por esta misma vía, el concepto de Estado de Derecho ha marcado su presencia en el moderno campo del derecho de las organizaciones internacionales.³⁹ Así, ya la antigua Comisión de Derechos Humanos había instado a los Estados para que derogaran la legislación que condujera a la impunidad para aquellos responsables por graves violaciones de los derechos humanos como la tortura, y persiguieran tales violaciones, proporcionando de ese modo una base firme para el Estado de Derecho.⁴⁰ La Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 66/102 de 2011 ha respaldado e impulsado esta posición al reafirmar que “es imprescindible respetar y promover el estado de derecho en el plano internacional de conformidad con los principios de la Carta”.⁴¹

Al mismo tiempo, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha reafirmado “la necesidad del respeto y la aplicación universales del estado de derecho en los planos nacional e internacional y su compromiso solemne con un orden internacional basado en el estado de derecho y el derecho Internacional”.⁴² En esta línea, Austria ha manifestado su compromiso con “un orden internacional sustentado en el derecho internacional, incluidas las normas de derechos humanos y el estado de derecho, cuyo núcleo básico son las Naciones Unidas”.⁴³ A mayor abundamiento, la Asamblea General se ha declarado convencida de que “el progreso del estado de derecho en los planos nacional e internacional es esencial para el crecimiento económico sostenido, el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y el hambre y la protección de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”⁴⁴ Precisamente en este ámbito, Dinamarca considera que “el estado de derecho es fundamental para la

³⁹ “The concept of rule of law moves away from the shortsightedness of legal positivism (with its characteristic subservience to the established power), and comes closer to the idea of an “objective” justice, at national and international levels, in line with jusnaturalist legal thinking. Within the realm of this latter, it is attentive to the protection of human rights, anterior and superior to the State. Not surprisingly, the concept of rule of law has marked its presence also in the modern domain of the law of international organizations, within which it has gained currency in recent years.” International Court of Justice: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*. Judgment, 3 February 2012. Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 150.

⁴⁰ “States should abrogate legislation leading to impunity for those responsible for grave violations of human rights such as torture and prosecute such violations, thereby providing a firm basis for the rule of law.” The Commission on Human Rights: Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Commission on Human Rights Resolution 2000/43, 20 April 2000, para. 2. Annex: Principles on the effective investigation and documentation of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

⁴¹ Asamblea General: El estado de derecho en los planos nacional e internacional. Doc. N.U. A/RES/66/102, 9 de diciembre de 2011, para. 3.

⁴² Asamblea General: El estado de derecho en los planos nacional e internacional. Doc. N.U. A/RES/66/102, 9 de diciembre de 2011, cuarto párrafo preambular.

⁴³ “Austria reafirma su fuerte compromiso con un orden internacional sustentado en el derecho internacional, incluidas las normas de derechos humanos y el estado de derecho, cuyo núcleo básico son las Naciones Unidas. El derecho internacional y el estado de derecho son el fundamento del sistema internacional.” Asamblea General: El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, p. 31.

⁴⁴ Asamblea General: El estado de derecho en los planos nacional e internacional. Doc. N.U. A/RES/66/102, 9 de diciembre de 2011, quinto párrafo preambular.

mitigación de la pobreza y el desarrollo sostenible, dado que mediante él se promueven y protegen los derechos sociales y económicos, los medios de vida y los derechos personales y de propiedad.”⁴⁵ En plena sintonía con lo anterior, Suiza ha sostenido que “es inevitable incluir la interdependencia de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales en el enfoque global del estado de derecho.”⁴⁶ Finalmente, Finlandia, prácticamente resumiendo la trascendencia del Estado de Derecho para el progreso de los países y el bienestar de los individuos y pueblos, ha afirmado que “[e]l estado de derecho es vital para el desarrollo de cualquier país. En los Estados frágiles, el estado de derecho es esencial para apoyar la consolidación del Estado y la creación de instituciones. El buen funcionamiento del sistema del estado de derecho es fundamental para el desarrollo económico pues garantiza la base jurídica en que se sustenta la actividad económica, así como las leyes y normas que guían la labor de las autoridades, previniendo así la corrupción y la arbitrariedad. El estado de derecho establece los instrumentos y medios de participación democrática y proporciona también mecanismos para presentar quejas sobre el funcionamiento de las autoridades.”⁴⁷

Además, los Estados reunidos en la Asamblea General han reconocido “la importancia de que se restablezca la confianza en el estado de derecho como elemento fundamental de la justicia de transición.”⁴⁸

En este último sentido, la sentencia de 2012 de la Corte Suprema chilena en el caso del secuestro de Rudy Cárcamo –en el contexto de las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar- es un paso adelante en el proceso de restablecimiento de la confianza en el Estado de Derecho en Chile. Esta sentencia no sólo no aplica el Decreto Ley de amnistía de 1978 sino que además descarta la aplicación de la prescripción penal –incluso de la prescripción gradual- prevista en el Código Penal chileno, en virtud de lo dispuesto en el derecho internacional, singularmente en el derecho humanitario y en el derecho de los derechos humanos. Al mismo tiempo, el fallo asume la preeminencia del derecho convencional americano y de su jurisprudencia, por lo que se presenta como un virtual ejemplo de control de convencionalidad.⁴⁹

⁴⁵ Asamblea General: El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, p. 45.

⁴⁶ Asamblea General: El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, p. 76.

⁴⁷ Asamblea General: El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, p. 49.

⁴⁸ Asamblea General: El estado de derecho en los planos nacional e internacional. Doc. N.U. A/RES/66/102, 9 de diciembre de 2011, para. 10.

⁴⁹ Corte Suprema de Chile: Secuestro de Rudy Cárcamo Ruiz. Recurso de Casación. Rol N° 288-12. Sentencia de fecha 24 de Mayo de 2012.

En armonía con los desarrollos jurisprudenciales en Chile, el juez Cançado Trindade expuso en 2009, en su Opinión Disidente en el asunto de las cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar, que:

“[...] the right to be preserved — the right to the realization of justice — is ineluctably linked to the rule of law at both national and international levels. Significantly, due to the awakening of the universal juridical conscience, the matter is nowadays being considered at both levels [...]”.⁵⁰

La interacción e interdependencia entre el Estado de Derecho en el plano nacional e internacional es notable. Ambos niveles de constitucionalización del derecho, en el sentido de poner al centro de sus principios, los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia, se alimentan y se enriquecen mutuamente. La ausencia de desarrollo o debilidad de un nivel del Estado de Derecho, fragiliza y dificulta el desempeño del otro. Por esta razón, “[t]odos los Estados Miembros deben velar por que su legislación interna esté de acuerdo con sus obligaciones internacionales, cuando sea necesario. Su omisión en tal sentido, ya sea como consecuencia de la falta de voluntad política o de la falta de capacidad, socava el estado de derecho en los planos nacional e internacional.”⁵¹

En el ámbito doméstico y desde un punto de vista conceptual, Cea define el Estado de Derecho como “aquella Nación-Estado o Estado-Sociedad en que impera un sistema jurídico justo, cuya aplicación es objetiva e impersonal, igualmente vinculante para gobernantes y gobernados y en el que, por lo mismo, ninguna arbitrariedad queda ni puede resultar sin sanción. En él, el poder o soberanía se hallan sometidos al Derecho.”⁵²

En este sentido se ha manifestado la Corte Suprema de Chile a propósito del ejercicio del poder estatal en su función de mantenimiento del orden público. En su sentencia relativa al caso de los Miembros de la Comunidad Mapuche Wente Winkul Mapu, de 2012, los jueces supremos recordaron las crecientes limitaciones del poder, al sostener:

“Que si bien es cierto y conforme a la normativa aplicable a Carabineros de Chile, dicha institución con el fin de mantener a resguardo el orden y seguridad puede emplear distintos medios para disuadir conductas que vulneren el normal orden social, no es menos cierto que tal uso de la fuerza pública debe ser prudente, racional y proporcional, de forma tal que no puede afectar viviendas particulares inmotivadamente, debiendo abstenerse de usar

⁵⁰ Vid. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009, p. 139. Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, p. 199, para. 101.

⁵¹ Asamblea General: Informe anual sobre el fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/64/298, 17 de agosto de 2009, para. 31.

⁵² Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, 2008, p. 238.

fuerzas desmedidas que puedan causar daños a sus moradores y en particular a personas en situación de vulnerabilidad que ahí se encuentren, más aún si no hay evidencia concreta que desde tales residencias se hayan estado realizando actos de violencia en su contra. Lo anterior importa que Carabineros de Chile en el cumplimiento de su deber no debe ni puede usar medidas que resulten desproporcionadas e impliquen reprimir a quienes no se encuentran participando de los hechos delictivos denunciados que se pretenden controlar.”⁵³

Desde la perspectiva histórica, “en el marco de sus fronteras, el Estado-Nación ha podido engendrar una constelación institucional realizando progresivamente el control político administrativo exclusivo sobre un territorio determinado (el Estado soberano), la construcción de una identidad nacional sancionada por derechos y consagrada por una Constitución (el Estado de derecho), y finalmente, más recientemente, la emergencia de una solidaridad nacional activa por la intermediación de las intervenciones públicas (el Estado social o el Estado providencia).”⁵⁴ Entonces, tradicionalmente el Estado-Nación cumplía tres tipos de función, garantía de seguridad, garantía de legalidad y legitimidad y garantía de solidaridad. En consecuencia, en este contexto y siguiendo a Brunet, “el concepto de Estado de Derecho va ligado al de legitimidad”.⁵⁵ Así también lo afirma Cea, cuando señala que “el Estado de derecho es consubstancial a la democracia y se erige en la más sólida expresión del valor de la legitimidad de la dominación de unos hombres sobre sus semejantes”.⁵⁶

Según la propuesta de Chevallier, el Estado de Derecho es, en primer lugar, una máquina de guerra. Primeramente, contra la omnipotencia del Parlamento. El Estado de Derecho se funda en el principio de la jerarquía de las normas, incluso en su concepción solamente formal. La teoría del Estado de Derecho defiende la primacía de la Constitución sobre la ley y, en consecuencia, el final de la omnipotencia legislativa. En segundo lugar, el Estado de Derecho es un instrumento de legitimación. El Estado legal legitima la posición dominante de los parlamentarios. El Estado reglamentario legitima la posición dominante de los tecnócratas. El Estado de Derecho legitima la actividad y la intervención de los juristas en todos los ámbitos de la actividad social y política. Finalmente, el Estado de Derecho es un cuestionamiento del paradigma

⁵³ Corte Suprema de Chile: Caso de Miembros de la comunidad mapuche Wente Winkul Mapu. Recurso de Protección. Rol N° 12.558-2011. Sentencia de fecha 3 de abril de 2012. Considerando 8°.

⁵⁴ Ost, François: «Mondialisation, globalisation, universalisation: s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature», in Morand, Charles-Albert (dir.): *Le droit saisi par la mondialisation*. Bruxelles: Bruylant, 2001, pp. 5-36, p. 12.

⁵⁵ Brunet Bruce, Marcelo: *Manual Derecho Político, Sociedad y Estado*. Santiago de Chile: Editorial Universidad Andrés Bello, 2006, p. 136.

⁵⁶ Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, 2008, p. 238.

democrático.⁵⁷ Chevallier afirma que el Estado de Derecho está invariablemente conectado al control y específicamente al control jurisdiccional. Se refiere al control del juez administrativo para asegurar la subordinación de la administración a la ley. Asimismo, alude al control del juez constitucional para asegurar la subordinación del legislador a la Constitución. El juez constitucional choca con la concepción tradicional de la democracia fundada en el sufragio universal y en la voluntad general expresada por los elegidos del pueblo. En este sentido, vale la pena repensar el paradigma democracia-elección. Es muy probable que la teoría del Estado de Derecho haya evolucionado conforme ha evolucionado el paradigma democrático, que ya no se reduce o subyuga el voto, sino más bien se expresa en una facultad de participación y deliberación permanente, de ejercicio continuado y, evidentemente, de control –del cual el control jurisdiccional constitucional es una manifestación–, que pueden efectuar los gobernados sobre los gobernantes. Para Chevallier, el juez es el elemento central y la condición de realización del Estado de Derecho.⁵⁸

En este sentido, el Estado de Derecho supone la existencia de una serie de requisitos, a saber, debe existir un ordenamiento jurídico y, esencialmente, respeto, promoción y garantía de los derechos humanos; las normas deben regir en forma objetiva e impersonal; las competencias de los órganos del Estado deben estar claramente definidas por el ordenamiento; debe cumplirse con el principio de separación de poderes; la aplicación e interpretación de las normas debe residir en órganos jurisdiccionales independientes e imparciales; debe respetarse el principio de responsabilidad por los actos contrarios a derecho de los órganos estatales;⁵⁹ el principio y la función de control es fundamental en un Estado de Derecho.⁶⁰ En la misma línea que Brunet, Cea señala respecto de Chile, las bases constitucionales del Estado de Derecho, a saber, el principio de supremacía constitucional, el principio de juridicidad o legalidad y el principio de control y responsabilidad.⁶¹

La jurisprudencia chilena ha abordado las bases conceptuales del Estado de Derecho. Así, ha sostenido que “el Estado de Derecho de una Nación consiste en que todas las autoridades públicas y todos los particulares deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. De manera que en esta escala

⁵⁷ Chevallier, Jacques: *L'État de droit*. Paris: Montchrestien («Clefs»), 1992, p. 150.

⁵⁸ Chevallier, Jacques: *L'État de droit*. Paris: Montchrestien («Clefs»), 1992, p. 150.

⁵⁹ “El principio según el cual todas las personas y entidades, incluidos los Estados, son responsables ante la ley es un elemento central del estado de derecho. Por tanto, la responsabilidad que tienen todos los sujetos del derecho internacional de cumplir sus obligaciones es un elemento esencial de cualquier concepto del estado de derecho en el plano internacional.” Asamblea General: Fortalecimiento y coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/65/318, 20 de agosto de 2010, para. 24.

⁶⁰ Brunet Bruce, Marcelo: *Manual Derecho Político, Sociedad y Estado*. Santiago de Chile: Editorial Universidad Andrés Bello, 2006, p. 138.

⁶¹ Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, 2008, p. 239.

gradual si la norma inferior no se ajusta a la norma jurídica de mayor rango, carecerá de valor, fuerza y eficacia jurídica.”⁶²

Por su parte, desde el punto de vista de la jurisprudencia internacional, en su Opinión Consultiva relativa al Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías, la Corte IDH comenzó a forjar la doctrina del Estado de Derecho interamericano. En la referida Opinión sostuvo que:

“El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.”⁶³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos complementó lo expresado precedentemente en una nueva Opinión Consultiva relativa a las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. En dicha Opinión, la Corte afirmó:

“Así entendidas, las "garantías [...] que se derivan de la forma democrática de gobierno", a que se refiere el artículo 29. c), no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar, sino la necesidad de que ella esté amparada por las garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de Derecho.”⁶⁴

Luego, el caso Velásquez Rodríguez permitió a la Corte IDH sentar firmes bases del Estado de Derecho interamericano. En efecto, en este caso la Corte Interamericana sostuvo que:

“Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.”⁶⁵

⁶² Corte de Apelaciones de Santiago: Sentencia de fecha 16 de enero de 1991. Considerando 5º. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, LXXXVIII, 2º, P.S. II, p. 14.

⁶³ Corte IDH: El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, para. 26.

⁶⁴ Corte IDH: Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, para. 37.

⁶⁵ Corte IDH: Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, para. 154.

La legitimidad es en la actualidad un concepto que se recupera en esta relación entre el Estado y el Derecho, en la medida que se entiende que el Estado de Derecho no sólo se confina a satisfacer la exigencia de la legalidad, sino que, además, la actuación y el ejercicio de las competencias del Estado deben ser legítimas, desde el origen y sobre todo durante su ejercicio. Dicha legitimidad se determina por el nivel creciente de respeto y protección de los derechos humanos. En consecuencia, las exigencias propias del Estado de Derecho actual ya no se reducen a un examen de la validez meramente formal de los actos estatales y de las normas, sino además, a un examen del contenido sustancial de los mismos. En forma particular, la violación o vulneración de los derechos humanos revela la ilegitimidad del acto estatal y del acto normativo. En esta línea, Cea afirma que “la Constitución debe propender a garantizar los derechos sociales, porque eso legitima, sustantiva, y no meramente en sentido procesal, a la democracia contemporánea ante todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional”.⁶⁶ En los albores del siglo XXI, la legitimidad de la actuación estatal tiene un sentido y valoración especialmente elevada en la comunidad estatal.

Desde el punto de vista de la función de garantía de la legalidad y fuente de legitimidad, el profesor Silva Bascuñán señala que “en el Estado de Derecho han de contemplarse todos los recursos encaminados a mantener la dirección dentro de esa eficiencia técnica en sus diversos aspectos de sometimiento a la jerarquía normativa, investidura normal de los titulares de los órganos y actuación correcta de estos dentro de su función; tal como se asegurará también a los gobernados no sólo la proclamación solemne de la carta de sus derechos sino el práctico respeto de su ejercicio y los medios indicados para velar por que los poderes públicos y sus personeros se atengan a los marcos que rodean el desempeño de su actividad.”⁶⁷ En este sentido, la Corte IDH ha señalado que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos son todas aquellas previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7, 8 y 25) y las inherentes para la preservación del Estado de Derecho.⁶⁸

La teoría del control normativo implica generalmente contrastar dos normas de rango jerárquico diferente con el fin de determinar si son compatibles y en caso contrario, determinar su invalidez y así hacer prevalecer la norma de jerarquía superior. En el fondo, el control normativo pretende asegurar la coherencia del sistema normativo a través de la subordinación de todas las normas a una norma o

⁶⁶ Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, 2008, p. 90.

⁶⁷ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1997, p. 258.

⁶⁸ “La Corte concluye que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.” Corte IDH: Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, para. 38.

principio de carácter superior. En palabras de García Ramírez “[e]s perfectamente conocida la cadena jurisdiccional de medios de control de actos de autoridad, que bajo diversos criterios competenciales -y no siempre conforme a un sistema de instancias que represente nuevas etapas de un mismo proceso-, procura ajustar a derecho los actos de las autoridades. Esto se hace, en el ámbito que ahora me interesa invocar, cada vez que se realiza un juicio de legalidad (en el sentido de adhesión del acto analizado a la norma que debe presidirlo, en los diversos planos de la jerarquía normativa): por el órgano de alzada en relación con el órgano de primera instancia; por la autoridad de casación acerca de la decisión judicial cuestionada; por el tribunal constitucional a propósito de actos de diversas autoridades nacionales, y por el tribunal internacional en lo que respecta a hechos atribuibles a un Estado que ha reconocido la competencia de aquél para resolver asuntos contenciosos surgidas en el ámbito interno.”⁶⁹

Para adentrarnos en los distintos tipos y formas de control, en el contexto que estamos analizando, corresponde ahora examinar someramente la función de control.

IV.2.- LA EVOLUCIÓN DE LA FUNCIÓN Y DEL PRINCIPIO DE CONTROL

El control de las normas es una función centralizada del Estado y, como se ha visto, es también una función de la comunidad internacional –aunque incipientemente-organizada. Asimismo, el control normativo se ha desarrollado de una manera que ha evolucionado y se ha elaborado bajo la forma de un principio de valor jurídico.

En esta parte analizaremos brevemente algunas de las garantías de la juridicidad de los actos representadas básicamente por tres tipos de control, el control de legalidad, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Todos estos controles tienen una vinculación directa con la garantía expansiva y vigencia maximizadora de los derechos humanos.⁷⁰

⁶⁹ Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*, del 24 de noviembre de 2006, par. 3.

⁷⁰ Vid. por ejemplo, Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Pedro Fernández Bitterlich respecto del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763, de 1979, y de las leyes N°s. 18.933 y 18.469, en el recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A., Rol N° 7952-2008, que se encuentra en apelación de la sentencia de primera instancia, de la que conoce la Corte Suprema bajo el Rol de ingreso N° 7779-2008. Rol N° 1287-09. Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2009. Considerando 40°.*

IV.2.1.- CONTROL DE LEGALIDAD

Para Silva Bascuñán legalidad es calidad de legal, esto es, prescrito por ley y conforme a ella.⁷¹ Tal como se ha observado precedentemente, sin duda que la actuación conforme a la ley y su respectivo control, forma parte de la noción de Estado de Derecho. Además, la Corte IDH ha reflejado la idea que el ejercicio del control de legalidad de las medidas que afecten los derechos y libertades son inherentes a un Estado de Derecho.⁷²

Por otra parte, según Cea, el fin manifestado por el artículo 6 y sobre todo por el artículo 7 de la Constitución chilena se supervigila mediante el control de los actos de los órganos del Estado, a través, especialmente, de los tribunales de justicia. En estas normas se intentó plasmar la fórmula de legitimidad más amplia denominada Estado de Derecho.⁷³

En la línea de lo señalado por Cea, el Tribunal Constitucional chileno, en el conocido caso de la inhabilidad de Sergio Onofre Jarpa para el cargo de Ministro del Interior, desarrolló asimismo nociones básicas del Estado de Derecho, cuando señaló:

“Que, por su parte, el artículo 6° de la Constitución comprende dos conceptos fundamentales.

En sus incisos 1° y 2° consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como lo son: el de la "supremacía constitucional" sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la "vinculación directa" de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados. De allí que primero se establezca que "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella". Y, acto seguido, se agregue que "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo".

Luego, en su inciso final, el constituyente expresa el segundo concepto, cual es las responsabilidades y sanciones que origina la violación de estos

⁷¹ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1997, p. 258.

⁷² “Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el hábeas corpus adquiere una nueva dimensión fundamental.” Corte IDH: El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, para. 40.

⁷³ Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, 2008, p. 248.

principios, y al efecto dispone que "La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

De lo anterior se deriva con nitidez que el artículo 6° en estudio no establece, por sí mismo, ninguna sanción a posibles infracciones a sus normas, sino que deja entregado al resto de los preceptos de la Constitución y a la ley determinar, en cada caso, cuál será la responsabilidad y la sanción que origina su incumplimiento. [...]"⁷⁴

En este contexto, el control de legalidad representa la facultad y el deber de los magistrados de comparar una norma dictada por el poder ejecutivo en ejercicio de su potestad reglamentaria con normas de jerarquía superior para hacer prevalecer a estas últimas sobre aquellas. El control de legalidad normalmente es realizado por los jueces, pero, en el caso de Chile, la Contraloría General de la República efectúa primordialmente un control administrativo de la legalidad de los actos administrativos.⁷⁵

El desarrollo dogmático y jurisprudencial que se ha debido realizar para justificar el mecanismo del control de constitucionalidad, difiere notablemente del control de legalidad porque "[e]n los niveles inferiores a la Constitución esto se ha impuesto en los ordenamientos estatales de forma natural, sin problemas. Que los reglamentos tienen que respetar lo dispuesto en las leyes, no se ha discutido ni en la teoría ni en la práctica."⁷⁶

Según Silva Bascuñán, "la legalidad pide la doble concordancia de la orden impartida con la sustancia de lo establecido en la norma que la fundamenta y con el procedimiento a que debe sujetarse la actuación, y revestirá mayor fuerza y trascendencia según el rango de la regla jurídica por respetarse, planteándose, por eso, fundamentalmente el problema de la legalidad en lo relativo al 'régimen político estatuido en la ley fundamental del Estado'."⁷⁷ Entonces la sujeción a la norma superior según el régimen formal de gradación de las normas es suficiente para satisfacer la legalidad. Sin embargo, queda pendiente el elemento más trascendental de la legitimidad del ejercicio del poder.

De acuerdo con Silva Bascuñán, "la legitimidad reviste una armonía más profunda que la que proviene meramente de la regularidad técnica de la ordenación

⁷⁴ Tribunal Constitucional chileno: *Requerimiento formulado por Fabiola Letelier y otros, en virtud del artículo 82 N° 10 de la Constitución, para que se declare la inhabilidad para el cargo del ministro del interior, don Sergio Onofre Jarpa Reyes*. Rol N°19-83. Sentencia de fecha 29 de octubre de 1983. Considerando 10°.

⁷⁵ La Contraloría General de la República fiscaliza la legalidad y constitucionalidad de los decretos y resoluciones sujetos a toma de razón. Vid. Silva Irarrázaval, Luis Alejandro: *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*. Santiago: LegalPublishing, 2009, p. 11.

⁷⁶ Pérez Royo, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 10ª edición, 2005, p. 150.

⁷⁷ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1997, p. 258.

positiva y se sitúa en un plano más esencial que toma en cuenta la inspiración y el propósito del mandato público.”⁷⁸

En términos generales, siempre en cada época y en cada sociedad, hay una doctrina o visión de la organización social y política y de los derechos de los individuos y grupos que se acepta por la gran mayoría de sus miembros. Consecuentemente, el gobierno que ejerza su poder conforme a esa doctrina o visión –en ese momento y lugar determinado- gozará de legitimidad.⁷⁹ La legitimidad, en consecuencia, “está por sobre la simple legalidad” o regularidad formal de sus actos.⁸⁰ Un Estado democrático del siglo XXI, con vigencia de un Estado social y constitucional de los derechos humanos, impone un control, sobre la potestad estatal y sobre el ejercicio de cualquier poder, no sólo de regularidad formal de sus actos, sino, sobre todo, de legitimidad.

IV.2.2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Tratándose de las normas, puede existir un control político o administrativo aun cuando normalmente existirá un control judicial (*judicial review*). De este modo, se podría decir que “[e]l control de constitucionalidad implica la facultad de los magistrados de comparar una norma dictada por el poder político (legislativo o ejecutivo) con normas de jerarquía superior, para hacer prevalecer a éstas sobre aquellas.”⁸¹ El control de constitucionalidad así planteado se erigiría como una garantía constitucional. Sin estas garantías constitucionales, “el Derecho Constitucional tiene que ser un Derecho del “principio de legalidad”, pero no puede ser un Derecho del “principio de constitucionalidad”.⁸² De acuerdo con esto, se observa que el control de constitucionalidad responde al principio de supremacía constitucional.⁸³

Desde la perspectiva del órgano que realiza el control, éste puede ser efectuado por órganos políticos, por tribunales ordinarios o por tribunales especializados (tribunales constitucionales). En el caso del control por órganos judiciales, se puede

⁷⁸ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1997, p. 259.

⁷⁹ Cfr. Duverger, Maurice: *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires, 5e édition, 1960, pp. 38-39.

⁸⁰ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1997, p. 260.

⁸¹ De Stefano, Juan Sebastián: “El control de constitucionalidad”, en *Urbe et Jus (Revista de Análisis Jurídico)*, Año I, Newsletter núm. 7, Otoño MMV, pp. 1-6, especialmente, p. 1.

⁸² Pérez Royo, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 10ª edición, 2005, pp. 145-146.

⁸³ “El control de constitucional es una función de aseguramiento de la supremacía constitucional que consiste en evitar que actos o normas inconstitucionales produzcan efectos jurídicos.” Silva Irrázaval, Luis Alejandro: *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*. Santiago: LegalPublishing., 2009, p. 30.

distinguir un control difuso “cuando puede efectuarse por diversos tribunales e instancias de la judicatura ordinaria” y un control concentrado “cuando dicho control lo ejerce el órgano superior del Poder Judicial”.⁸⁴

Además, Nogueira distingue dentro de los sistemas de control, según el ámbito de acción, los sistemas de control nacionales y los sistemas de control internacional o supranacional, esto es, por ejemplo, la Corte IDH, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁸⁵ En este contexto, Cea afirma que el artículo 5º inciso 2º de la Constitución chilena “enriquece –sustantiva y procesalmente- el Derecho Constitucional interno con el derecho Constitucional interamericano e internacional”.⁸⁶ Y, luego, agrega que “el Derecho Constitucional supranacional y las magistraturas contempladas en él están llamadas a elevar el disfrute real de los derechos humanos y a impedir la indefensión cuando sean quebrantados”.⁸⁷

Así, Luis Silva ha sostenido que “[e]l control de constitucionalidad es el procedimiento por el cual se censura la norma o el acto inconstitucional, y es un mecanismo indispensable para garantizar la eficacia real de la Constitución como norma suprema.”⁸⁸ Esta eficacia es garantizada a través de un órgano jurisdiccional que se erige como el intérprete supremo de la Constitución. Los tribunales constitucionales internos, en palabras de García Ramírez, “tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores –principios y valores del sistema democrático- que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).”⁸⁹

⁸⁴ Nogueira Alcalá, Humberto: *La justicia y los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica del Sur*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2005, p. 36.

⁸⁵ Nogueira Alcalá, Humberto: *La justicia y los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica del Sur*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2005, p. 37.

⁸⁶ Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, 2008, p. 97.

⁸⁷ Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, 2008, p. 98.

⁸⁸ Silva Irrázaval, Luis Alejandro: *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*. Santiago: LegalPublishing, 2009, p. 24.

⁸⁹ Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru, del 24 de noviembre de 2006, par. 4.

Como complemento a lo indicado por García Ramírez, se puede señalar –siguiendo a Nogueira- que dependiendo del momento en que se realiza el control, éste puede ser preventivo o a priori, esto es, “se realiza antes que la norma forme parte del ordenamiento jurídico y tenga carácter obligatorio”, o control represivo o reparador, esto es, “se concreta cuando las normas jurídicas ya forman parte del ordenamiento jurídico y tienen carácter vinculante”.⁹⁰ Asimismo, agrega Nogueira, de acuerdo con el modo en que se activa el control, éste puede ser por vía principal, es decir, “se establece a través de una acción de inconstitucionalidad que ataca directamente la norma u acto, supuestamente inconstitucional, ante el órgano de control jurisdiccional competente”, o control por vía incidental, esto es, aquel que se promueve cuando “hay una gestión judicial o un juicio principal, dentro del cual el control de constitucionalidad se estructura procesalmente como un incidente”.⁹¹ Finalmente, según la modalidad en que se expresa, el control puede desarrollarse en forma abstracta, esto es, “cuando se analiza la compatibilidad lógica entre dos normas, por un lado, la Constitución, por otro lado, la norma jurídica impugnada, todo ello, al margen de un caso concreto”, o bien, control de carácter concreto, es decir, “cuando quien promueve la acción o excepción tiene como antecedente un caso judicial determinado, debiendo tenerse en consideración las circunstancias particulares del mismo”.⁹²

El principio de control judicial de constitucionalidad de las normas junto con el principio de supremacía constitucional fue explicitado por el juez Marshall en Estados Unidos. En efecto, el Juez Marshall de la Corte Suprema de Estados Unidos expuso en 1803 en el *caso Marbury v. Madison* el principio de supremacía constitucional de la siguiente manera: todos aquellos que han diseñado constituciones escritas consideran que éstas constituyen la ley fundamental y primordial de la nación y consecuentemente, la teoría de cada uno de estos gobiernos debe ser que un acto del legislativo no conforme a la constitución es nulo.⁹³ A partir del razonamiento del Juez Marshall, en la época contemporánea se podría decir que el respeto de los derechos humanos es el derecho principal y primordial de la nación y del pueblo, y esto último debería ser considerado como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. En consecuencia, un acto del poder legislativo o constitucional, que repugne los derechos humanos, sería nulo. Intentar controvertir en el constitucionalismo contemporáneo el principio de que los jueces estatales deben considerar los derechos humanos como el derecho supremo o superior, equivaldría a sostener, parafraseando a Marshall, que el derecho de los derechos humanos impone

⁹⁰ Nogueira Alcalá, Humberto: *La justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamerica del Sur*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2005, p. 39.

⁹¹ Id, p. 40

⁹² Id, p. 40.

⁹³ “Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void.” *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U.S. 137 (U.S. Dist. Col.), 1803 WL 893 (U.S. Dist. Col.) (T. del A.)

límites a los “órganos del Estado, pero que esos límites pueden ser transgredidos a discreción”.⁹⁴

Pérez Royo ha mencionado que “en la propia lógica del ordenamiento jurídico y de la posición de la Constitución como punto de partida del mismo está ya implícita la posibilidad o, mejor dicho, la necesidad de que exista un mecanismo para expulsar del ordenamiento cualquier norma que esté en contradicción con la Constitución. En los niveles inferiores a la Constitución esto se ha impuesto en los ordenamientos estatales de forma natural, sin problemas. Que los reglamentos tienen que respetar lo dispuesto en las leyes, no se ha discutido ni en la teoría ni en la práctica.”⁹⁵

Los poderes del órgano legislativo y del constituyente están definidos y demarcados por límites formales y materiales. Los límites materiales están constituidos por los derechos humanos.⁹⁶ Si el legislador o el constituyente tuvieran poderes ilimitados, la distinción entre gobiernos absolutos y democráticos quedaría abolida. Legislador y constituyente son ambos productores de normas y, en esta actividad, ambos están limitados por los derechos humanos.

Este control judicial de constitucionalidad, normalmente debiera ser compartido por el resto de los órganos del Estado puesto que todos aquellos órganos a quienes les incumbe de una u otra manera la interpretación y aplicación de normas debieran sujetarse al principio de jerarquía normativa, de tal manera de consolidar la coherencia del sistema normativo, remitiéndose a la norma o principio supremo en el orden estatal.⁹⁷ El derecho constitucional indica que la Constitución es la norma superior del ordenamiento estatal. En este sentido, en el caso de Chile, el Tribunal Constitucional “ejerce el control de supremacía con alcance sólo relativamente concentrado, porque también incumbe servirlo a los Tribunales Superiores en los recursos de habeas corpus y de protección, a la Contraloría General de la República a través del control de juridicidad de ciertos actos administrativos, y al Senado junto con la Cámara de Diputados mediante la acusación en juicio político y el rol tanto de

⁹⁴ “Those, then, who controvert the principle that the Constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. [...] It is prescribing limits and declaring that those limits may be passed at pleasure.” *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U.S. 137 (U.S. Dist. Col.), 1803 WL 893 (U.S. Dist. Col.).

⁹⁵ Pérez Royo, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 10ª edición, 2005, p. 150.

⁹⁶ “Definitivamente, não se pode visualizar a humanidade como sujeito do Direito a partir da ótica do Estado; o que se impõe é reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade.” Cançado Trindade, Antônio Augusto: “A recta ratio nos fundamentos do jus gentium como Direito Internacional da humanidade”. In: *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 30.

⁹⁷ “La supremacía constitucional en Chile significa que la Constitución en sede jurisdiccional se aplica al caso con preferencia a cualquier otra norma jurídica que sea incompatible con ella. Esto presupone que los preceptos constitucionales se aplican directamente por el juez, y no a través de ulteriores desarrollos legales o reglamentarios.” Silva Irrázaval, Luis Alejandro: *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*. Santiago: LegalPublishing,, 2009, p. 36.

las comisiones como de las salas en idéntico sentido.”⁹⁸ En efecto, Nogueira señala que “la existencia de Tribunales Constitucionales puede verse complementada por elementos de jurisdicción difusa o concentrada en manos de tribunales ordinarios como ocurre”, por ejemplo, en el caso de Chile.⁹⁹

IV.3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En esta parte nos referiremos al control de convencionalidad a que alude la doctrina de la Corte IDH, esto es, a aquel que debería efectuar, todo órgano del Estado, particularmente, cualquier órgano que administre justicia, contrastando una norma interna con la norma internacional.

El control de convencionalidad es una teoría que ha nacido respecto del ámbito interno de los Estados en relación con las normas internacionales. El control de convencionalidad alude a la facultad de los magistrados de contrastar la norma dictada por el poder legislativo –y, eventualmente, por el poder constituyente- con la norma contenida en los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado para hacer prevalecer estas últimas sobre las normas emanadas del poder legislativo y, *a fortiori*, sobre las normas emanadas del poder ejecutivo.¹⁰⁰

En este sentido, la esfera jurisdiccional internacional no es el ámbito natural donde debería realizarse el control de convencionalidad, entendido este control como contrastación de normas de diferente prevalencia, esto es, entre normas internacionales y normas internas. En efecto, el control que efectúa el juez internacional de los derechos humanos es distinto al control que efectúa el juez estatal, ya que el juez internacional no está llamado a aplicar la norma interna. Estrictamente hablando, para el juez internacional la norma interna representa simplemente un hecho atribuible al Estado. Cuando estamos en presencia de un hecho del Estado –por ejemplo, la norma interna- que vulnera las obligaciones internacionales de dicho Estado, ello puede acarrear la responsabilidad internacional

⁹⁸ Cea Egaña, José Luis: “Praxis del control de constitucionalidad en Chile”, Noviembre 2007, pp. 1-48, especialmente, p. 4. Disponible en: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/PRAXIS%20DEL%20CONTROL%20DE%20CONSTITUCIONALIDAD%20EN%20CHILE.pdf> [Visitado el 25/07/2011]; Vid. Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, 2008, p. 248.

⁹⁹ Nogueira Alcalá, Humberto: *La justicia y los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica del Sur*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2005, p. 37.

¹⁰⁰ Vid. la opinión del Tribunal Constitucional de Moldavia: “In its Resolution N° 55 of 14 October 1999, the Constitutional Court ruled on the interdependence of national normative acts and international treaties noting that universally recognised principles and rules of international law were binding on the Republic of Moldova inasmuch as it expressed its consent to abide by them. Consequently, the execution of the rules of the international treaties to which the Republic of Moldova has acceded is unconditional.” Constitutional Court of the Republic of Moldova: Acts of the Constitutional Court of the Republic of Moldova, Resolution on the control of constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court, para. 2. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, N° 161-164 (3048-3051) 12 October 2007; Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1999, N° 118-119, p. 64.

del Estado y, consecuentemente, hacer nacer la obligación de reparar en forma adecuada, íntegra y eficaz. En este contexto, los efectos derivados del control de compatibilidad del hecho (acción u omisión) del Estado respecto de la convención o tratado internacional serían distintos de las consecuencias derivadas de la realización de un control de convencionalidad por el juez nacional. El juez nacional sí podría pronunciarse acerca de la aplicación, eficacia o validez de la norma contrastada con el parámetro de control, en este caso, la normativa convencional. Más específicamente, el corazón de la actividad de las cortes internacionales de derechos humanos no es la conformidad de la norma interna a la norma internacional, sino más bien velar porque el Estado, a través de sus hechos o actos, cumpla con sus obligaciones internacionales de derechos humanos.¹⁰¹ Por último, el control de convencionalidad suele asociarse y compararse en su estudio con el control de constitucionalidad, una vez más, porque el control de convencionalidad ha nacido y tiene pleno sentido en los órdenes jurídicos internos de los Estados. Confirma esta percepción los intentos de aplicación a la convencionalidad de nociones propias del derecho constitucional, como es, un control difuso o concentrado de convencionalidad.¹⁰² Esta verdadera aplicación de categorías y términos que se han forjado en un área determinada del derecho a otra área del derecho, que algunos podrían calificar como una migración terminológica, un préstamo o un trasplante jurídico, es el resultado, *inter alia*, del proceso de construcción de un derecho global o mundializado.¹⁰³ Del mismo modo, esta migración de términos e ideas constituiría justamente el fiel reflejo de un diálogo multidimensional y multidireccional, en este caso, entre ordenamientos; así como de un diálogo jurisprudencial.

¹⁰¹ Garlicki, Lech: «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité». Disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/cedh_13fev2009/cedh_garlicki_130209.pdf [Visitado el 13/06/2012]; Bazán, Víctor: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable”. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf> [Visitado el 13/06/2012]

¹⁰² Vid. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 9, núm. 2 (2011), pp. 531-622.

¹⁰³ Sobre la metáfora de la migración de las ideas en el contexto constitucional comparado, vid. Schauer, Frederick: “On the Migration of Constitutional Ideas”, 37 *Conn. L. Rev.* 907 (2005); Choudhry, Sujit (ed.): *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge University Press, 2006; Perju, Vlad F.: Book Reviewed. Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge University Press, 2006. *Int'l J. Const. L.* Volume 7, Number 1, 2009, pp. 170–174; Para un estudio sobre el préstamo constitucional en derecho constitucional comparado, vid. el simposio titulado *Constitutional Borrowing*, in 1 *Int'l J. Const. L.* 177 – 324 (2003); “A person engages in borrowing when, in the course of trying to persuade someone to adopt a reading of the Constitution, that person draws on one domain of constitutional knowledge in order to interpret, bolster, or otherwise illuminate another domain.⁹ It is, in other words, an interpretive practice characterized by a deliberate effort to bridge disparate constitutional fields for persuasive ends.” Tebbe, Nelson and Tsai, Robert L.: “Constitutional Borrowing”, 108 *Michigan Law Review* 459, 463 (February 2010); Sobre la idea de trasplantes jurídicos, vid. Watson, Alan: *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Univ. Ga. Press 1974); Choudhry, Sujit: “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, 74 *Ind. L. J.* 819 (2002); Lane Scheppele, Kim: “Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence through Negative Models”, 1 *Int'l J. Const. L.* 296 – 324 (2003).

Por otra parte, en nuestra opinión, el control normativo internacional que debe realizar el juez nacional, una de cuyas manifestaciones es el control de convencionalidad, se extiende asimismo a las otras fuentes normativas del derecho internacional, esto es, la costumbre y los principios generales. Comprendidas dentro de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos se encuentran, por cierto, las normas de *ius cogens*, que no son una fuente formal en cuanto tal pero que sí introducen en el derecho internacional el principio de jerarquía normativa material.¹⁰⁴

En el caso de Chile, es posible encontrar una serie de casos de convencionalidad o de adecuación de la ley o la Constitución a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o donde se ha reconocido la importancia de que los órganos político-legisladores adecuen el orden jurídico interno a las obligaciones convencionales del Estado. Así por ejemplo, existen casos de control de convencionalidad *ex post* – realizados después de una condenación en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos– efectuados por órganos político-legisladores: El caso de *La última tentación de Cristo*, que, en definitiva, condujo a la modificación del artículo 19 N°12 de la Constitución sobre libertad de expresión.¹⁰⁵ Además, el caso de *Claude Reyes y otros* que de alguna manera influyó en la modificación del artículo 8 de la Constitución y el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública.¹⁰⁶ El caso *La Calchona*, a propósito del compromiso de examinar una Ley sobre Acciones constitucionales, que adecuara las normas constitucionales sobre error judicial a las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁰⁷

¹⁰⁴ “Assim, as normas de *jus cogens* seriam aquelas obrigatórias, imperativas ou absolutas, cuja obediência não se encontra sujeita ao arbítrio dos Estados, ultrapassando os limites do basilar princípio de D.I. do *pacta sunt servanda*. Essas normas se encontram em um plano hierárquico superior frente às demais normas de D.I., pois traduzem os valores fundamentais que consubstanciam a ordem pública internacional, portando conformam e restringem a produção normativa dos Estados e Organizações Internacionais, bem como a jurisprudência das Cortes e Tribunais Arbitrais Internacionais.” De Souza Tavares, Rodrigo: “O Jus Cogens na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e algumas reflexões sobre a teoria do direito”, en *Revista de Direito da Unigranrio*. Disponible en: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/555/524> [Visitado el 15/08/2011]

¹⁰⁵ Corte IDH: Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

¹⁰⁶ Corte IDH: Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

¹⁰⁷ En el caso *La Calchona*, habiendo recurrido las víctimas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “el Estado Chileno llegó a una solución amistosa ante la Comisión a fines del año 2000, reconociendo su responsabilidad, lo cual es una demostración palmaria de que los preceptos de la Constitución, si es que habilitan a que dentro de su marco un error de esa entidad no sea indemnizado, vulneran el derecho internacional y además de que frente a ello existe un derecho a ser indemnizado a pesar de lo resuelto por la Corte Suprema. En esta solución amistosa, el Estado chileno declaró que, “reconociendo además la importancia de contar con mecanismos jurídicos efectivos para ejercer tal derecho, se podría comprometer a efectuar los estudios necesarios para una reformulación de las actuales normas existentes en el plano doméstico”, ello “reconociendo la importancia que tiene la norma sobre indemnización establecida en la Convención.” Pica, Rodrigo: “El derecho a ser indemnizado por privación de libertad basada en falsas imputaciones penales. Incompatibilidad entre Constitución y tratados de derechos humanos.” En *Diario Constitucional*, 25 de octubre de 2011.

En el nivel legislativo, el caso de *Margarita Cecilia Barbería Miranda* de 2010 condujo a la modificación de los requisitos para ser abogado y en definitiva a la modificación del artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales.¹⁰⁸

Este tipo de control tiende a confundirse con el control de constitucionalidad de las normas porque en el debate acerca de este tipo de control judicial surge la discusión sobre la jerarquía normativa de los tratados internacionales y sobre todo, de los tratados internacionales de derechos humanos. Como se ha dicho precedentemente, en los últimos años, sobre todo en América Latina, se le ha asignando crecientemente rango constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Justamente por esta atribución, a los derechos humanos o a los tratados que los contienen, del rango constitucional, es que se ha tendido a confundir o asimilar el referido control de convencionalidad con el control de constitucionalidad. Por esta razón, se tiende a extender las categorías propias de este último control, tales como el control concentrado o el difuso, hacia el control de convencionalidad. Ciertamente, ambos tipos de control, en teoría, se desarrollan plenamente en el ámbito interno de los Estados por la magistratura estatal y por los demás órganos encargados del control de normas. Reitero que uno de los objetivos principales del control de normas jurídicas es mantener la coherencia del sistema normativo a través del principio de la validez de las mismas mediante su ajuste y conformidad a una que se considera de carácter superior. En este sentido, uno de los rasgos crecientes dentro del constitucionalismo latinoamericano es la obligación constitucional de adecuar el derecho nacional y de interpretar los derechos humanos reconocidos y garantizados en el orden interno conforme a los tratados internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, se puede desprender de las constituciones de Bolivia,¹⁰⁹ Colombia,¹¹⁰ Ecuador,¹¹¹ y México.¹¹²

Disponible en: <http://www.diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=74&idautor=57> [Visitado el 8/11/2011]; "Por su parte, en el plano institucional, el Estado de Chile dio cuenta que se estaba elaborando un proyecto de Ley sobre Acciones Constitucionales, que contemplaría una modificación a la norma constitucional sobre reparación del error judicial, que evitaría que se pudiera producir el mismo resultado, que, en el fondo, obligara a los afectados a tener que recurrir a esta instancia internacional para obtener una reparación a un error judicial flagrante como aconteció en este caso." Carocca, Alex: "Reflexión sobre el derecho a la reparación del error judicial en Chile a propósito de la solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el llamado caso del puente "La Calchona"", en *Ius et Praxis*, Vol.8, núm. 2 (2002).

¹⁰⁸ "El 7 de diciembre de 2007, el Estado de Chile informó que se había promulgado la Ley 20.211, con lo que se había modificado el artículo 526 del Código Orgánico de los Tribunales, conforme había recomendado la CIDH en su Informe No. 17/07. Igualmente señaló, que la Excm. Corte Suprema de Chile se encontraba elaborando la normativa reglamentaria necesaria para establecer los requisitos que los extranjeros residentes en su país deberán cumplir para obtener el título de abogado. Con base en lo anterior, la Comisión considera que esta recomendación se encuentra plenamente cumplida por el Estado de Chile." Informe N° 56/10. Caso 12.469. Fondo. Margarita Cecilia Barbería Miranda contra Chile. 18 marzo de 2010, par. 61.

¹⁰⁹ "Artículo 13. [...] IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los

El orden interno de los Estados es el lugar natural donde debería desarrollarse el control de convencionalidad. Así, en el ámbito nacional, un juez ordinario efectúa el control de convencionalidad de la ley teniendo como instrumento de referencia la Convención o tratado respectivo. El juez constitucional debiera efectuar el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad simultánea y armónicamente, considerando, tanto a la Constitución como a la Convención, como instrumentos complementarios que se enriquecen y realzan, aun cuando –señala Garlicki- no hay que olvidar que el juez constitucional nacional se articula en torno a la constitución de su país y esta constitución -y no la convención internacional- representa para él la más alta autoridad jurídica.¹¹³ Si el juez nacional, en el procedimiento de contrastación de la norma nacional con la norma internacional de derechos humanos llega a la conclusión que la primera no es compatible con la segunda, debería hacer primar el principio del estándar más alto, esto es, la norma que otorgue una protección mayor al individuo o que menos restrinja sus derechos fundamentales. De acuerdo con Gonzaga Jayme, la resolución de las eventuales antinomias jurídicas en un Estado constitucional y democrático de Derecho “debe ser efectuada por el criterio de la regla más favorable al ser humano. Es necesario reconocer en el individuo la razón de ser del Estado.”¹¹⁴

Los jueces constitucionales no debieran mirar los tratados internacionales de derechos humanos y el rol del control de convencionalidad como una fuente de competencia, sino de complementariedad. Si en algún ámbito de los derechos humanos la Convención pudiera ser considerada competencia de la Constitución, en ese caso, eso debería constituir un motivo de preocupación para el sistema jurídico y

Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.” Constitución de la República de Bolivia de 2009.

¹¹⁰ Artículo 93 de la Constitución de Colombia de 1991.

¹¹¹ “Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.” Constitución de la República de Ecuador de 2008.

¹¹² “Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.” Dos primeros incisos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

¹¹³ Garlicki, Lech: «La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens c/ développements récents», en *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2, núm. 78, 2009, pp. 227-246; Garlicki, Lech: «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité». Disponible en: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank mm/cedh_13fev2009/cedh_garlicki_130209.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/cedh_13fev2009/cedh_garlicki_130209.pdf) [Visitado el 13/06/2012].

¹¹⁴ Gonzaga Jayme, Fernando: “A relação entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito interno”, en *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* N° 53 (jul./dez.2008), pp. 1-18, especialmente, pp. 15-16.

político. En efecto, en este evento, la Constitución no se habría adecuado al nivel de protección superior del individuo proporcionado por la Convención. Si la Constitución proporciona el mismo nivel de protección que la Convención o uno superior, entonces, las posibilidades de conflicto entre la Convención y la Constitución se verían disminuidas.¹¹⁵ En este último caso siempre debiera terminarse aplicándose la Constitución –que contiene el estándar de protección más alto– y el control de constitucionalidad terminará siempre superponiéndose al control de convencionalidad. Pero lo más importante en esta figura es que sería necesario abordar la idea de la Constitución como la norma superior del ordenamiento, considerando la efectiva garantía y protección de los derechos humanos que dicho instrumento proporciona a los individuos y comunidades a quienes se aplica. Quizás el mensaje final del control de convencionalidad, el cual es contrastado con el control de constitucionalidad, es que el Derecho que protege la dignidad humana y la efectiva vida digna del ser humano, alejándose del rígido formalismo positivista, ha pasado a ocupar el lugar de la norma suprema del ordenamiento. En un constitucionalismo democrático de los derechos humanos este derecho supremo debiera estar contenido y garantizado por la Constitución. En ese evento, la Constitución retendría su carácter de norma superior, porque se trataría de una Constitución a talla humana, esto es, pondría al hombre, su condición humana, su dignidad y sus derechos, en la cúspide del sistema normativo. Esta visión de preponderancia de los derechos humanos implica un verdadero cambio de paradigma.

Es precisamente en este sentido que la Corte IDH ha desarrollado su doctrina del control de convencionalidad.

V. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA EVOLUTIVA DE LA CORTE IDH

¹¹⁵ “Of course, it is not problematic at all if the Hungarian law is more generous or grants more guarantees in respect of human rights issues than the international treaties signed by Hungary. On the one hand, this follows from the nature of the regulations, and it is usually stated even in the treaties themselves that none of their provisions shall be interpreted to the derogation of more favourable domestic regulations. On the other hand, the domestic law must reach the minimum level of legal protection required by the rule under the international law. From a constitutional point of view – and with due account to the requirement of harmonisation under Article 7 para. (1) of the Constitution – no theoretical support should be given to the avant-garde interpretation of the terms used in the international treaties and to their unfounded “further development” as it causes serious practical problems. As the legislature and the judiciary may only interpret international treaties in conformity with the international law, special attention is to be paid to the international documents containing interpretations by bodies authorised by the States Parties to that effect. This obligation of consideration does not depend on the legal nature of the document under international law in which it is presented, i.e. whether or not the document itself imposes any direct obligation on Hungary. With respect to the above, I hold that not only the interpretations contrary to the international law but also the ones leading to clearly absurd results are to be considered incompatible with the requirement under Article 7 para. (1) of the Constitution.” The Constitutional Court of the Republic of Hungary. Decision 45/2005 (XII. 14.) AB, 13 december 2005. Concurrent reasoning by Dr. Péter Kovács, Judge of the Constitutional Court, para. III/2/1.

La Corte IDH incorporó explícitamente en 2006 por primera vez en el texto de sus sentencias la doctrina del control de convencionalidad como una obligación del Estado, y más precisamente, del poder judicial. A partir de esta primera elaboración, la Corte IDH ha sido receptiva a diversas consideraciones planteadas acerca de esta doctrina y por ello ha variado, en sus sucesivas sentencias, la formulación de esta obligación de control de convencionalidad y ha desarrollado su interpretación acerca del real sentido y alcance del control de convencionalidad.

En esta parte de nuestra breve exposición intentaremos abordar una serie de preguntas que se plantean a propósito de la doctrina de la Corte IDH respecto de la obligación de los Estados de efectuar un control de convencionalidad. ¿Cuándo comenzó esta doctrina? ¿Cuántas veces ha sido reiterada por la Corte IDH? ¿En qué tipo de casos se ha utilizado? ¿Cómo ha evolucionado esta doctrina a lo largo de los años?

La consagración de la doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH, se produjo en un caso sobre una ley de amnistía, dictada por un gobierno *de facto*, considerada incompatible con la CADH.¹¹⁶ En este contexto, el principio que se desprende es el siguiente: Si la Corte IDH y otros órganos de derechos humanos han declarado que leyes o disposiciones de derecho interno dictadas durante gobiernos democráticos que impidan la persecución e investigación de violaciones a los derechos humanos son incompatibles con la CADH, con mayor razón, *a fortiori*, lo son disposiciones de derecho interno o leyes de amnistía dictadas durante gobiernos de facto que produzcan el mismo efecto.

Esto último no es sino una manifestación de la evolución del concepto de soberanía. La Corte IDH reitera una vez más que las Leyes de Amnistía u otras medidas análogas carecen de efectos jurídicos desde un inicio respecto de graves violaciones de derechos humanos.¹¹⁷ Esta aseveración es efectuada por los jueces interamericanos a propósito de violaciones graves que contravienen derechos inderogables y vinculándolo al ejercicio del control de convencionalidad. La Corte IDH configura el control de convencionalidad como una obligación internacional del poder judicial.

¹¹⁶ Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, par. 124; Previamente, el juez García Ramírez había hecho una somera referencia al control de convencionalidad en el caso Myrna Mack. “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.” Corte IDH: *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso Mack Chang vs. Guatemala del 25 de Noviembre de 2003, par. 27.

¹¹⁷ Corte I.D.H.: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219, paras. 174, 176 y 180.

Este mensaje constituye un llamado de atención a los Estados en el sentido de su deber de adecuación positiva (dictar leyes y adoptar medidas) y negativo (eliminar los obstáculos, legales o administrativos) para que los individuos puedan gozar plenamente de los derechos y libertades garantizados en la Convención Americana y otras normas convencionales respecto de las cuales la Corte IDH tenga jurisdicción. A partir de este primer pronunciamiento, la Corte IDH ha continuado desarrollando su doctrina del control de convencionalidad, la cual ha ido mutando a través del tiempo.

VI. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La doctrina de la Corte IDH acerca del control de convencionalidad ha evolucionado desde su formulación más temprana hasta su elaboración actual. La primera vez que aparece la idea del control de convencionalidad en el cuerpo de una sentencia de la Corte IDH fue en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006), en los siguientes términos:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”¹¹⁸

A partir de esta primera manifestación, se pueden apreciar las siguientes variaciones en la evolución jurisprudencial mencionada:

1. La primera parte de la formulación del control de convencionalidad se ha mantenido inalterada. De esta manera, siempre se reconoce que “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.”

2. Al origen, la Corte mencionaba la expresión “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional”. En las últimas sentencias de la Corte IDH, se modificó esto por la expresión “cuando un Estado es parte de un tratado internacional”.

¹¹⁸ Corte I.D.H.: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, para. 124.

3. En la primera formulación del control de convencionalidad, la Corte IDH se refería a “sus jueces, como parte del aparato del Estado”, mientras que en las últimas sentencias se señala: “todos sus órganos, incluidos sus jueces”. En la sentencia del caso *Contreras y otros vs. El Salvador* (agosto 2011), la Corte IDH utilizó la expresión “todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a [la Convención Americana]”.¹¹⁹

4. Inicialmente, la Corte IDH se refería a que los jueces estaban obligados “a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”, en circunstancias que, elaboraciones recientes aluden a “normas contrarias a su objeto y fin”. En consecuencia, se aprecia que el ámbito de acción o alcance del control de convencionalidad puede ser más amplio.

5. En un inicio, cuando la Corte se refería a las leyes contrarias al objeto y fin de la Convención Americana, culminaba afirmando “y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. A partir de la sentencia *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010) esta expresión ha desaparecido.

6. En un comienzo, la Corte IDH se refería a que “el Poder judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’”.¹²⁰ Luego, en una etapa intermedia, la Corte IDH utilizó la fórmula “El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio”.¹²¹ A partir del caso *Cabrera García y Montiel Flores* (2010), la Corte ha ampliado los sujetos a los que se dirige la obligación, utilizando la siguiente figura: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’”.¹²²

7. En la primera formulación de esta doctrina, la Corte IDH se refería a ejercer una especie de control de convencionalidad “entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.¹²³ En las sentencias recientes, la Corte IDH se refiere a un control de convencionalidad “entre las normas internas y la Convención Americana”.¹²⁴

¹¹⁹ Corte IDH: *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, par. 226.

¹²⁰ Corte I.D.H.: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, para. 124.

¹²¹ Corte I.D.H.: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, para. 176.

¹²² Corte I.D.H.: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, para. 225.

¹²³ Corte I.D.H.: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, para. 124.

¹²⁴ Corte I.D.H.: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, para. 225.

8. En la sentencia *Almonacid* (2006), no aparece mayor mención en cuanto a cómo realizar este control de convencionalidad, mientras que en las últimas sentencias de la Corte IDH ha agregado que el control de convencionalidad se realiza “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.”¹²⁵

9. En la parte final del párrafo que resume la doctrina del control de convencionalidad, nuevamente, se ha pasado de referirse al “Poder Judicial” a utilizar una expresión más amplia, como sigue: “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia’ deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”¹²⁶ En el caso *Contreras y otros vs. El Salvador* (agosto 2011), la Corte IDH refuerza y acentúa la relevancia de los principios que se pueden extraer de sus enseñanzas contenidos en sus pronunciamientos jurisdiccionales. Así la Corte IDH señala que “independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal [...]”.¹²⁷

10. A diferencia de las primeras formulaciones del control de convencionalidad en que la Corte IDH aludía concretamente al poder judicial, en una evolución posterior, la Corte IDH se refiere a las prácticas judiciales y a todo tipo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la CADH, en cuanto manifestaciones del orden público estatal.¹²⁸ Efectivamente, la Corte IDH extiende el control de convencionalidad no solamente a la aplicación de la CADH y a la adecuación de las normas internas a la Convención Americana, sino también resalta como parte integrante de este control las prácticas judiciales y a todo tipo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana, en cuanto manifestaciones del orden público estatal.

¹²⁵ Corte I.D.H.: Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, para. 225.

¹²⁶ Corte I.D.H.: Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, para. 225.

¹²⁷ Corte IDH: *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, par. 228.

¹²⁸ Corte I.D.H.: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219, para. 176; Cfr. Corte I.D.H.: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, para. 124; Corte IDH: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, par. 219; Corte IDH: *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, par. 202.

Así, en el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México* de 2010, la Corte IDH afirmó que “no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantiza los derechos contenidos en la Convención Americana. De conformidad con la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento, también se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. La existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, como ya lo ha establecido este Tribunal, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.”¹²⁹

Finalmente, la propia Corte IDH ha contribuido decisivamente a la confusión y tendencia a examinar con los mismos criterios de análisis, tanto el control de convencionalidad como el control de constitucionalidad. El pronunciamiento en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso* (2006) es un ejemplo de ello. En efecto, en dicho caso la Corte IDH afirmó que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”.¹³⁰

De esta manera y en suma, la formulación de la obligación de efectuar el control de convencionalidad, a octubre 2011, se encuentra como sigue:

“[E]ste Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están

¹²⁹ “De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario.” Corte IDH: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, pars. 218 y 220.

¹³⁰ “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.” Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, par. 128.

sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”¹³¹

Esta última formulación del control de convencionalidad tiene de destacable una práctica de la Corte IDH, consistente en que la afirmación del control de convencionalidad se efectúa en el marco de la determinación de las reparaciones debidas y, dentro de este contexto, en el ámbito de las garantías de no repetición.¹³² Se puede desprender de lo anterior que la Corte IDH considera el control de convencionalidad como una obligación de los órganos del Estado que garantice la no repetición de la violación de la Convención Americana. De esta manera, se resalta por la Corte IDH el rol de prevención e inmunizador del Estado que cumplen todos los jueces nacionales y órganos vinculados a la administración de justicia. Una función constitucional e internacional de los jueces estatales es evitar hacer incurrir al Estado en responsabilidad, esto es, procurar que el Estado actúe conforme a Derecho.

VII. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

Tal como lo han afirmado varios tribunales de la región, la interpretación efectuada por un tribunal estatal de la CADH debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH.¹³³

La Corte IDH ha interpretado el sentido y alcance de la obligación de control de convencionalidad. En efecto, como una manera de reforzar el control de convencionalidad, entendido como una verdadera obligación internacional del Estado, particularmente, del poder judicial, emanada del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte IDH ha afirmado en el caso *Gomes Lund*: “En el presente caso, el Tribunal observa que no fue ejercido el control de convencionalidad por las

¹³¹ Corte IDH: *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, par. 226.

¹³² Corte IDH: *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, pars. 223 y siguientes. Corte IDH: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, pars. 203 y siguientes.

¹³³ “La interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina: *Caso Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros*. Corte Sup., 07/07/1992. Fallos: 315:1492, para. 21.

autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional, particularmente aquellas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. El Tribunal estima oportuno recordar que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, incumplir obligaciones internacionales. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de su derecho interno".¹³⁴

En consecuencia, es unánimemente aceptado que el control de constitucionalidad es una garantía constitucional.¹³⁵ Igualmente, el control de convencionalidad se erige como una garantía del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado y de los efectos jurídicos derivados de los compromisos internacionales en el orden interno de los Estados, esto es, es una garantía de convencionalidad.

En el *caso Gomes Lund*, la Corte IDH considera evidente que los jueces nacionales han incumplido esta obligación internacional, fundamentalmente, debido a la interpretación y a la aplicación que el Tribunal Supremo Federal ha hecho de la ley de amnistía. En efecto, la "Corte Interamericana considera que la forma en la cual ha sido interpretada y aplicada la Ley de Amnistía adoptada por Brasil ha afectado el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de

¹³⁴ Corte I.D.H.: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219, para. 177; *Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC- 14/94, de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 394, y *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 104. Asimismo, *cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999. Serie C No. 59, Considerando 3; *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2010, Considerando 3, y *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1 de septiembre de 2010, Considerando 5.

¹³⁵ "Las garantías constitucionales son las instituciones a través de las cuales se produce el tránsito de la Constitución exclusivamente política a la Constitución también norma jurídica y del Derecho Político al Derecho Constitucional. Sin ellas, el Derecho Constitucional tiene que ser un Derecho del "principio de legalidad", pero no puede ser un Derecho del "principio de constitucionalidad". Pérez Royo, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 10ª edición, 2005, pp. 145-146.

derechos humanos [... y] la obligación de adecuar su derecho interno consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana.”¹³⁶

Además, la Corte IDH, en el *caso Gelman*, confeccionó un gran *obiter dictum* sobre la relación entre un verdadero régimen democrático y las normas y obligaciones de protección de los derechos humanos. En efecto, la Corte IDH afirmó lo siguiente: “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”.¹³⁷

En nuestra opinión, la doctrina del control de convencionalidad, tal como es planteada por la Corte IDH, simplemente tiene por objeto que los Estados den cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas al firmar y ratificar la CADH. En efecto, los artículos 1.1 y 2 de la referida Convención imponen a los Estados partes la obligación de adecuar su ordenamiento interno a las disposiciones de la Convención.¹³⁸ En este contexto, y reflejando las obligaciones que emanan del control

¹³⁶ Corte I.D.H.: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219, para. 44 y 172.

¹³⁷ Corte I.D.H.: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, para. 239; Vid. Suprema Corte de Justicia de Uruguay. Caso “Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela – Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad”, sentencia No. 365, de 19 de octubre de 2009, prueba, folios 2325 a 2379 folios 1479 y 1480.

¹³⁸ “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades

de convencionalidad, el juez ad hoc Figueiredo Caldas, ha afirmado que “[i]nclusive las Constituciones nacionales han de ser interpretadas o, si necesario, hasta (sic) enmendadas para mantener armonía con la Convención y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”¹³⁹

Estas normas deben ser concordadas y armonizadas con los artículos 26 (buena fe) y 27 (imposibilidad de ampararse en el derecho interno para justificar incumplimiento de una obligación convencional) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.¹⁴⁰ Junto con lo anterior, los Estados deberían considerar las obligaciones provenientes del derecho internacional general y una larga lista de jurisprudencia internacional.¹⁴¹ Estos pronunciamientos jurisdiccionales han confirmado la obligación del Estado –y por cierto, de los jueces nacionales- de adecuar

mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

¹³⁹ Corte IDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219. Voto razonado del Juez Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas, par. 6.

¹⁴⁰ “Artículo 26. ‘Pacta sunt servanda’. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”; “27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.” *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

¹⁴¹ El caso de las Reclamaciones del Alabama (Estados Unidos vs. Gran Bretaña) (1872) *The Alabama Claims* (United States-Great Britain, Claims Arbitration, 1872, 4 Papers relating to the Treaty of Washington of 1871; El caso Montijo (Estados Unidos vs. Colombia) (1875) *Arbitral Award of July 26. VII. 1875 in the Montijo case*; El caso Wimbledon: Gran Bretaña, Italia, Francia, Japón y Polonia contra Alemania (1923). *Permanent Court of International Justice: Judgment N°1, case of the S.S. Wimbledon, August 17, 1923, Third Session, publication of the Permanent Court of International Justice, Series A – N°1, S.S. “Wimbledon”, 1923, C.P.J.I., Series A, N° 1*; El caso de Georges Pinson (Francia contra México) (1928). *The Georges Pinson Case, Annual Digest 1927-1928, case N° 4*; “[...] un principio generalmente reconocido del derecho de gentes es que, en las relaciones entre las Partes Contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las de un tratado.” *Greco-Bulgarian “Communities”, 1930, C.P.J.I., Series B, N° 17, p. 32*; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, 1930, C.P.J.I., Series A, N° 24, en la p. 12*; *C.P.J.I., Series A/B, N° 46 (1932), p. 96, en la p. 167*; “[...] un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor.” *Treatment of Polish Nationals, 1932, C.P.J.I., Series A/B, N° 44, p. 4, en la p. 24*; *Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32*; *Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24*; *Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167*; *Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), pp. 12, a 31-2, par. 47*; “Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia.” *Corte I.D.H.: Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, para. 35; Vid. El-Hage, Javier: *Límites de derecho internacional para la Asamblea Constituyente*. Santa Cruz de la Sierra: Fundación Nova, 2006, in passim.

el orden jurídico interno al derecho internacional y, además, la han llenado de contenido.¹⁴²

VIII. CONCLUSIONES

El control de convencionalidad simplemente traduce la obligación convencional de los Estados de respetar y cumplir con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos que el Estado haya suscrito y ratificado.

La propia Corte IDH, a través de sus sentencias, ha facilitado el camino para que se incurra en dos errores conceptuales: En primer lugar, la Corte ha asimilado o permitido que se asimile el control de convencionalidad al control de constitucionalidad. En segundo lugar, la misma Corte ha usado la idea de control de convencionalidad para identificar su propia actividad, en circunstancias que dicho concepto ha nacido y se ha desarrollado en el ámbito interno de los Estados.

La formulación de la cláusula del control de convencionalidad ha variado desde la primera vez que se insertó en el texto de las sentencias de la Corte IDH hasta el presente. Creemos que esta variación en la formulación del control de convencionalidad se debe a dos razones. Primero, a un natural proceso de afinamiento y perfeccionamiento de su doctrina del control de convencionalidad. Y, segundo, a una actitud reactiva frente a las críticas que se le han planteado por los diversos actores involucrados. En esta línea, los rasgos más característicos de esta evolución son: 1) La Corte IDH claramente ha ampliado el abanico de sujetos obligados a efectuar el control de convencionalidad. Así, en relación con el Estado, “todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2) Actualmente, la Corte IDH ha ampliado los sujetos a los que se dirige la obligación, incluyendo a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. Todos estos agentes y órganos están en la obligación de ejercer *ex officio*

¹⁴² “Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención.” Corte I.D.H.: Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, para. 26; Corte I.D.H.: Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, para. 37; “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (*“principe allant de soi”*). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.” Corte I.D.H.: *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, par. 68; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20.

un “control de convencionalidad”; 3) Desde el punto de vista del control de convencionalidad conforme a la interpretación autorizada de la Convención Americana, la Corte IDH prácticamente ha hecho sinónimo el hecho de la adecuación del orden interno al derecho internacional con el hecho de una legislación interna conforme a la Convención Americana. Por eso, en la actualidad la Corte IDH señala que “independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”.

Consecuentemente, la Corte IDH ha ido extendiendo, precisando y, de un cierto modo, clarificando su concepto de control de convencionalidad, habiendo llegado a una etapa en que lo tiene bastante afinado, lo que no significa que en el futuro no se produzcan nuevas evoluciones.

Nosotros sostenemos que de esta formulación del control de convencionalidad aparece que el juez nacional, así como todo aquel llamado a administrar justicia en el orden interno de los Estados, se erige como un verdadero guardián de la CADH. De este modo, el juez nacional debería controlar que las normas internas estén conformes con la CADH, aplicando siempre el criterio de preferencia del estándar más alto de protección del ser humano.

Por otra parte, producto de las afirmaciones doctrinarias y de la propia jurisprudencia de la Corte IDH, se observa el riesgo de asimilar en forma y fondo el control ejercido por la Corte u otros tribunales internacionales de derechos humanos con el control de convencionalidad propio de los jueces internos. Desde nuestro punto de vista, sólo es posible un control de convencionalidad propiamente tal en el orden interno de los Estados.

Junto con lo anterior, resta por ver si la doctrina de la Corte IDH será incorporada en la actuación de los órganos de jurisdicción internos de los Estados de la región de manera similar o se producirán diferencias notorias en cuanto a la recepción interna de esta doctrina, lo que pondría en una situación compleja al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Del mismo modo, queda por ver la forma en que cada Estado operacionalizará –si es que lo hace– el control de convencionalidad y la fórmula concreta que utilizará para implementar este sistema de control de normas. Finalmente, será interesante de observar la forma en que los Estados articularán en el orden interno las diferentes técnicas de control jurisdiccional, particularmente, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

IX. BIBLIOGRAFIA

Acts of the Constitutional Court of the Republic of Moldova, Resolution on the control of constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court, para. 2. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, N° 161-164 (3048-3051) 12 October 2007;

Bazán, Víctor: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable". Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf> [Visitado el 13/06/2012];

Bertelsen Repetto, Raúl: "Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 211-222;

Brunet Bruce, Marcelo: *Manual Derecho Político, Sociedad y Estado*. Santiago de Chile: Editorial Universidad Andrés Bello, 2006;

Cea Egaña, José Luis: "Praxis del control de constitucionalidad en Chile", Noviembre 2007, pp. 1-48, especialmente, p. 4. Disponible en: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/PRAXIS%20DEL%20CONTROL%20DE%20CONSTITUCIONALIDAD%20EN%20CHILE.pdf> [Visitado el 25/07/2011];

-----: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, 2008, p. 201;

Chevallier, Jacques: *L'État de droit*. Paris: Montchrestien («Clefs»), 1992, p. 150 ;

Choudhry, Sujit: "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", 74 *Ind. L. J.* 819 (2002);

Cumplido Cereceda, Francisco (1996): "Alcances de la Modificación del artículo 5º de la Constitución Política Chilena en Relación a los Tratados Internacionales", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 255-258;

De Souza Tavares, Rodrigo: "O Jus Cogens na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e algumas reflexões sobre a teoria do direito", en *Revista de Direito da Unigranrio*. Disponible en:

<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/555/524> [Visitado el 15/08/2011];

Duverger, Maurice: *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires, 5e édition, 1960, pp. 38-39 ;

Ferrajoli, Luigi: "Pasado y futuro del Estado de Derecho", en Carbonell, Miguel et al. (Coords.): *Estado de Derecho. Concepto, fundamento y democratización en América Latina*. Mexico: UNAM-ITAM-Siglo XXI, 2002, pp. 180-205;

-----: *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2ª edición, 2010, p. 55;

-----: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999-2004, p. 37;

-----: *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid: Trotta, 2004, pp. 80-99;

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 9, núm. 2 (2011), pp. 531-622;

Gaete, Eugenio: "Derecho Internacional y Derechos de los Estados: incorporación de los derechos humanos", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), p. 275;

Garlicki, Lech: "Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdictions in Europe", in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, N° 3 &4 (2008), pp. 509-530;

-----: «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité».

Disponible en: **http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/cedh_13fev2009/cedh_garlicki_130209.pdf**

[Visitado el 13/06/2012];

-----: «La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens c/ développements récents», en *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2, núm. 78, 2009, pp. 227-246;

Gonzaga Jayme, Fernando: "A relação entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito interno", en *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* Nº 53 (jul./dez.2008), pp. 1-18, especialmente, pp. 15-16;

Henríquez Viñas, Miriam Lorena: "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 6, núm. 2, (2008), pp. 73-119;

-----: "Los tratados internacional en la constitución reformada", en *Revista de Derecho Público*, Volumen 69, Tomo I, (2007), pp. 313-323;

Infante, María Teresa: "Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 núm. 2 y 3, (1996), p. 284;

Lane Scheppelle, Kim: "Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence through Negative Models", 1 *Int'l J. Const. L.* 296 – 324 (2003);

Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 5 U.S. 137 (U.S. Dist. Col.), 1803 WL 893 (U.S. Dist. Col.);

McCrudden, Christopher: "A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights", in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, núm. 4 (2000), pp. 499-532;

Meza-Lopehandia, Matías: "Las implicancias de la ratificación del Convenio Nº 169 de la OIT en Chile", Documento de Trabajo Nº 10 del Observatorio Ciudadano, 2a edición, 2010, pp. 103-159. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/wp-content/uploads/2010/07/Las-implicancias-de-la-ratificaci%C3%B3n-del->

Convenio-N°169-de-la-OIT-en-Chile-DCTO-N°10-SEGUNDA-EDICI°93N-FINAL.pdf [Visitado el 5/08/2011];

Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.): *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2012;

-----: *La justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamerica del Sur*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2005, p. 36;

-----: "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", en Nogueira, Humberto: *Dogmatica y aplicación de los derechos sociales*. Santiago: Librotecnia, 2010, pp. 9-93, especialmente, p. 19;

-----: "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia", en *Ius et Praxis*, Vol. 9, núm. 1, (2003), pp. 403-466;

-----: "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 341-380, especialmente, pp. 348-349;

Ost, François: «Mondialisation, globalisation, universalisation: s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature», in Morand, Charles-Albert (dir.): *Le droit saisi par la mondialisation*. Bruxelles: Bruylant, 2001, pp. 5-36, p. 12 ;

Pérez Royo, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 10ª edición, 2005, pp. 145-146;

Perju, Vlad F.: Book Reviewed. Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge University Press, 2006;

Pfeffer Urquiaga, Emilio: "Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno", en *Ius et Praxis*, Vol. 9, núm. 1 (2003), pp. 467-484;

Precht Pizarro, Jorge Enrique: "Vino nuevo en odres viejos: derecho internacional convencional y derecho interno chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 381-405;

Ríos Álvarez, Lautaro: "Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos", en *Ius et Praxis*, Vol. 2, núm. 2, (1997), pp. 101-112;

Ruiz Valerio, José Fabián: "¿Hacia un Nuevo modelo de estado de Derecho? El Estado de Derecho Internacional en la visión de Luigi Ferrajoli", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol XI, 2011, pp. 119-146;

Schauer, Frederick: "On the Migration of Constitutional Ideas", 37 *Conn. L. Rev.* 907 (2005); Choudhry, Sujit (ed.): *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge University Press, 2006;

Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1997, p. 258;

Silva Irrarrázaval, Luis Alejandro: *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*. Santiago: LegalPublishing,, 2009, p. 30;

Tebbe, Nelson and Tsai, Robert L.: "Constitutional Borrowing", 108 *Michigan Law Review* 459, 463 (February 2010);

Tellez Soto, Claudia: "Valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho interno", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, dic. 1998, vol.9, no.1, p.179-190;

Ulfstein, Geir: "Empowerment and Constitutional Control", EJIL Talk! Wednesday, July 14, 2010. Available at: <http://www.ejiltalk.org/empowerment-and-constitutional-control/> [Last visited on 24/06/2011];

Zagrebelsky, Gustavo: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (Traducción de Marina Gascón) Madrid, Trotta, 5ª edición, 2003; Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi) Madrid:Trotta, 3ª edición, 1999.



Tribunal de Justicia
Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

TABLA DE CONTENIDOS

Voces ordenadas alfabéticamente

Acuerdo Schengen	Libre circulación de trabajadores
Arancel Aduanero Común	Lucha contra el terrorismo
Ayudas de Estado	Marca y propiedad intelectual e industrial
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	Mercado común
Código aduanero comunitario	Petición de decisión prejudicial
Comunicación audiovisual	Política Agraria Común (PAC)
Comunicaciones	Prohibición de discriminación
Comunicaciones electrónicas	Protección de la salud
Contratos públicos	Protección de los consumidores
Cooperación policial y judicial	Protección de los datos personales
Cooperación reforzada	Protección del medio ambiente
Derecho a la tutela judicial efectiva	Recurso de anulación
Derechos de los trabajadores	Recurso de omisión
Derechos del niño	Recurso de casación
Ferrocarriles comunitarios	Régimen de asilo europeo común
Fiscalidad	Responsabilidad extracontractual UE



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Fronteras	Sanciones pecuniarias
Incumplimiento de Estado	Seguridad social
Internet	Seguros
Juegos de Azar	Servicios financieros
Libertad de establecimiento	Sociedades
Libre circulación de personas y derecho de residencia	Transporte aéreo
Libre circulación de títulos profesionales	Transposición de directivas



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

VOZ	FECHA	Nr. CASO	PARTES	ÍNDICE ANALÍTICO
Acuerdo Schengen	17/01/13	C-23/12	Zakaria	Reglamento (CE) nº 562/2006 – Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras) – Vulneración alegada del derecho al respeto de la dignidad humana – Tutela judicial efectiva – Derecho de acceso a un tribunal.
Arancel Aduanero Común	17/01/13	C-361/11	Hewlett-Packard Europe	Nomenclatura Combinada – Clasificación arancelaria – Impresoras multifuncionales constituidas por la combinación de un módulo de impresión láser y un módulo de digitalización, con función de copia – Subpartida 8443 31 91 – Validez del Reglamento (CE) nº 1031/2008.
Ayudas de Estado	24/01/13	C-529/09	Comisión c. España	Incumplimiento de Estado – Ayudas de Estado incompatibles con el mercado común – Obligación de recuperación – Inejecución – Excepción de inadmisibilidad – Fuerza de cosa juzgada de una sentencia precedente del Tribunal de Justicia.
Ayudas de Estado	28/02/13	C-246/11	Portugal c. Comisión Europea	Recurso de casación - Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) - Reglamento (CEE) n ° 2052/88 - Artículo 13, apartado 3 - Reglamento (CEE) n ° 4253/88 - Artículo 21, apartado 1 - Reducción de la ayuda financiera.
Ayudas de Estado	28/02/13	C-246/12	Ellinika Nafpigeia AE c. Comisión	Recurso de casación - Construcción naval - Decisión que declara las ayudas incompatibles con el mercado común - Defensa de los intereses esenciales de la



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

seguridad nacional - Requisitos de competencia en el mercado interior.

Ayudas de Estado	19/03/13	C-399/10	Bouygues y Bouygues Télécom c. Comisión	Recursos de casación – Medidas financieras en favor de France Télécom – Proyecto de anticipo de accionista – Declaraciones públicas de un miembro del Gobierno francés – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común y no se ordena su recuperación – Concepto de ayuda de Estado – Concepto de ventaja económica – Concepto de compromiso de recursos estatales»
Ayudas de Estado	21/03/13	C-129/12	Magdeburger Mühlenwerke	Régimen de ayudas de finalidad regional – Inversiones en la transformación y la comercialización de productos agrícolas – Decisión de la Comisión – Incompatibilidad con el mercado interior – Supresión de las ayudas incompatibles – Momento en el que se concede una ayuda – Principio de protección de la confianza legítima.
Ayudas de Estado	21/03/13	C-405/11	Comisión c. Buczek Automotive sp. z o.o.	Recurso de casación - Reestructuración de la industria siderúrgica polaca - Concepto de ayuda de Estado - Recuperación de la deuda pública - Distribución de la carga de la prueba - Límites del control jurisdiccional.
Ayudas de Estado	21/03/13	C-613/11	Comisión c. Italia	Incumplimiento de Estado - Ayudas concedidas por la República Italiana para el sector del transporte marítimo en Cerdeña - Decisión 2008/92/CE de la Comisión - Incompatibilidad de las ayudas con el mercado común - Incumplimiento del plazo.
Ayudas de Estado	08/05/13	C-197/11	Libert y otros	Libertades fundamentales – Restricción – Justificación – Concepto de “contrato público de obras” – Terrenos y construcciones situados en determinados municipios – Normativa nacional que subordina su transmisión a la existencia de un “vínculo suficiente” del adquirente o arrendatario potenciales con el municipio destinatario –



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Carga social impuesta a los promotores y a los parceladores – Incentivos fiscales y mecanismos de subvención.

Ayudas de Estado	30/05/13	C-677/11	Doux Élevage y Coopérative agricole UKL-ARREE	«Artículo 107 TFUE, apartado 1 – Concepto de “fondos estatales” – Concepto de “imputabilidad al Estado” – Organizaciones interprofesionales del sector agrícola – Organizaciones reconocidas – Acciones comunes decididas por dichas organizaciones en interés de la profesión – Financiación mediante cotizaciones establecidas voluntariamente por las citadas organizaciones – Acto administrativo que convierte en obligatorias tales cotizaciones para la totalidad de los profesionales del ramo agrícola de que se trata.
Ayuda de Estado	13/06/13	C-630/11	HGA y otros/Comisión	Recurso de casación – Ayudas de Estado de finalidad regional – Ayudas en favor de la industria hotelera en Cerdeña – Ayudas nuevas – Modificación de un régimen de ayudas existente – Decisión de rectificación – Posibilidad de adoptar dicha decisión – Reglamento (CE) nº 659/1999 – Artículos 4, apartado 5, 7, apartado 6, 10, apartado 1, 13, apartado 2, 16 y 20, apartado 1 – Efecto incentivador de la ayuda – Protección de la confianza legítima.
Ayudas de Estado	18/07/13	C-6/12	P	Artículos 107 TFUE y 108 TFUE – Requisito de “selectividad” – Reglamento (CE) nº 659/1999 – Artículo 1, letra b), inciso i) – Ayuda existente – Normativa nacional en materia de impuesto de sociedades – Deducibilidad de las pérdidas sufridas – No deducibilidad en caso de cambio de propietario – Autorización de excepciones – Facultad de apreciación de la Administración tributaria.



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	26/02/13	C-617/10	Åkerberg Fransson	Ámbito de aplicación – Artículo 51 – Aplicación del Derecho de la Unión – Sanción de las actividades ilegales que afectan a un recurso propio de la Unión – Artículo 50 – Principio non bis in idem – Sistema nacional que establece dos procedimientos separados, administrativo y penal, para sancionar un único acto ilegal – Compatibilidad.
Código aduanero comunitario	07/03/13	C-182/12	Fekete	Artículo 137 – Reglamento de aplicación del Código aduanero – Artículo 561, apartado 2 – Requisitos para la exención total de derechos de importación – Importación en un Estado miembro de un vehículo cuyo propietario está establecido en un país tercero – Uso privado del vehículo autorizado por el propietario de cualquier otro modo que no sea un contrato de trabajo celebrado con el usuario – No exención.
Código aduanero comunitario	18/04/13	C-595/11	Steinel Vertrieb	Reglamento (CE) nº 1470/2001 – Reglamento (CE) nº 1205/2007 – Arancel Aduanero Común – Clasificación arancelaria – Nomenclatura Combinada – Derechos antidumping definitivos sobre las importaciones de lámparas fluorescentes compactas – Aplicabilidad de los derechos antidumping definitivos a productos clasificados en la subpartida arancelaria mencionada en el Reglamento antidumping – Producto afectado – Ámbito de aplicación.
Código aduanero comunitario	06/06/13	C-667/11	Paltrade	Reglamento (CE) nº 1225/2009 – Artículos 13 y 14 – Productos para importación originarios de China – Derechos antidumping – Elusión – Reexpedición de las mercancías vía Malasia – Reglamento de Ejecución (UE) nº 723/2011 – Registro de las importaciones – Cobro de los derechos antidumping – Retroactividad.



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Código aduanero comunitario	20/06/13	C-568/11	Agroferm	Clasificación arancelaria – Nomenclatura Combinada – Producto a base de azúcar compuesto en un 65 % de sulfato de lisina y en un 35 % de impurezas derivadas del proceso de fabricación – Reglamento (CE) nº 1719/2005 – Reglamento (CE) nº 1265/2001 – Restituciones por la producción de determinados productos utilizados en la industria química – Ayudas comunitarias pagadas indebidamente – Devolución – Principio de protección de la confianza legítima.
Código aduanero comunitario	27/06/13	C-542/11	Codirex Expeditie	Reglamento (CEE) nº 2913/92 – Mercancías en depósito temporal – Mercancías no comunitarias – Régimen aduanero de tránsito comunitario externo – Momento de atribución de un destino aduanero – Admisión de la declaración en aduana – Levante de las mercancías – Deuda aduanera.
Código aduanero comunitario	11/07/13	C-273/12	Harry Winston	Reglamento (CEE) nº 2913/92 – Artículo 206 – Nacimiento de una deuda aduanera – Robo de mercancías incluidas en régimen de depósito aduanero – Concepto de “pérdida irremediable de mercancía por fuerza mayor” – Directiva 2006/112/CE – Artículo 71 – Impuesto sobre el valor añadido – Devengo – Exigibilidad del impuesto.
Comunicación audiovisual	22/01/13	C-283/11	Sky Österreich	Directiva 2010/13/UE – Prestación de servicios de comunicación audiovisual – Artículo 15, apartado 6 – Validez – Acontecimientos de gran interés para el público sobre los cuales existen derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva – Derecho de acceso a dichos acontecimientos por parte de los organismos de radiodifusión televisiva a efectos de la emisión de breves resúmenes informativos – Eventual contraprestación para el titular de los derechos exclusivos limitada a los costes



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

adicionales en los que haya incurrido por prestar dicho acceso – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 16 y 17 – Proporcionalidad.

Comunicación audiovisual	07/03/13	C-607/11	ITV Broadcasting	Directiva 2001/29/CE – Artículo 3, apartado 1 – Difusión por un tercero a través de Internet de las emisiones de emisoras comerciales de televisión – “Live streaming” – Comunicación al público.
Comunicación audiovisual	18/07/13	C-201/11	UEFA c. Comisión	Recurso de casación – Radiodifusión televisiva – Directiva 89/552/CEE – Artículo 3 bis – Medidas adoptadas por el Reino Unido sobre los acontecimientos de gran importancia para la sociedad de ese Estado miembro – Campeonato de Europa de fútbol – Decisión que declara las medidas compatibles con el Derecho de la Unión – Motivación – Artículos 49 CE y 86 CE – Derecho de propiedad.
Comunicación audiovisual	18/07/13	C-204/11	FIFA c. Comisión	Recurso de casación – Radiodifusión televisiva – Directiva 89/552/CEE – Artículo 3 bis – Medidas adoptadas por el Reino de Bélgica en relación con acontecimientos de gran importancia para la sociedad de ese Estado miembro – Copa del Mundo de fútbol – Decisión por la que se declaran las medidas compatibles con el Derecho comunitario – Motivación – Artículos 43 CE y 49 CE – Derecho de propiedad.
Comunicación audiovisual	18/07/13	C-205/11	FIFA c. Comisión	Recurso de casación – Radiodifusión televisiva – Directiva 89/552/CEE – Artículo 3 bis – Medidas adoptadas por el Reino Unido en relación con acontecimientos de gran importancia para la sociedad de ese Estado miembro – Copa del Mundo de fútbol – Decisión por la que se declaran las medidas compatibles con el Derecho comunitario – Motivación – Artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE – Derecho de propiedad.



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Comunicación audiovisual	18/07/13	C-234/12	Sky Italia	Radiodifusión televisiva – Directiva 2010/13/UE – Artículos 4, apartado 1, y 23, apartado 1 – Anuncios publicitarios – Normativa nacional que prevé para los organismos de radiodifusión televisiva de pago un porcentaje máximo de tiempo de emisión que puede dedicarse a la publicidad inferior al previsto para los organismos de radiodifusión televisiva de libre acceso – Igualdad de trato – Libre prestación de servicios.
<hr/>				
Comunicaciones	21/03/13	C-375/11	Belgacom y otros	Directiva 2002/20/CE – Artículos 3 y 12 a 14 – Derechos de uso de radiofrecuencias – Cánones por derechos de uso de radiofrecuencias – Canon único por la atribución y la renovación de derechos de uso de radiofrecuencias – Método de cálculo – Modificaciones de los derechos existentes.
<hr/>				
Comunicaciones	27/06/13	C-485/11	Comisión c. Francia	Incumplimiento de Estado - Redes y servicios de comunicaciones electrónicas - Directiva 2002/20/CE - Artículo 12 - Impuestos administrativos que se aplican a los titulares de autorizaciones generales - Legislación nacional - Operadores de telecomunicaciones electrónicas - Obligación de pago de un impuesto adicional.
<hr/>				
Comunicaciones electrónicas	18/07/13	C-228/12	Vodafone Omnitel	Redes y servicios de comunicaciones electrónicas – Directiva 2002/20/CE – Artículo 12 – Tasas administrativas impuestas a las empresas del sector afectado – Normativa nacional que impone a los operadores de comunicaciones electrónicas el pago de una tasa destinada a cubrir los gastos de funcionamiento de las autoridades nacionales de reglamentación.
<hr/>				



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Contratos públicos	07/02/13	C-543/10	Refcomp	Reglamento (CE) nº 44/2001 – Interpretación del artículo 23 – Cláusula atributiva de competencia que figura en un contrato celebrado entre el fabricante y el adquirente inicial de un bien – Contrato que forma parte de una cadena de contratos de transmisión de la propiedad – Oponibilidad de esta cláusula frente al subadquirente del bien.
Contratos públicos	13/06/13	C-386/11	Piepenbrock	Directiva 2004/18/CE – Concepto de “contrato público” – Artículo 1, apartado 2, letra a) – Contrato celebrado entre dos entes territoriales – Transferencia de una entidad a otra de la competencia de limpieza de algunos de sus locales mediante una compensación económica.
Contratos públicos	27/06/13	C-569/10	Comisión c. Polonia	Directiva 94/22/CE – Condiciones de concesión y de ejercicio de las autorizaciones de prospección, de exploración y de producción de hidrocarburos – Acceso no discriminatorio.
Contratos públicos	04/07/13	C-100/12	Fastweb	Directiva 89/665/CEE – Recurso en materia de contratación pública – Recurso interpuesto contra una decisión de adjudicación de un contrato por un licitador cuya oferta fue rechazada – Recurso basado en que supuestamente la oferta seleccionada no se ajusta a las especificaciones técnicas del contrato – Recurso incidental del adjudicatario basado en que la oferta presentada por el licitador que interpuso el recurso principal no respetaba determinadas especificaciones técnicas del contrato – Ofertas que no se ajustan ni una ni otra a las especificaciones técnicas del contrato – Jurisprudencia nacional que exige que se examine previamente el recurso incidental y, si éste es fundado, que se declare la inadmisibilidad del recurso principal, sin examinar el fondo – Compatibilidad con el



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Derecho de la Unión.

Contratos públicos	11/07/13	C-576/10	Comisión c. Holanda	Directiva 2004/18/CE – Ámbito de aplicación <i>ratione temporis</i> – Concesión de obras públicas – Venta de un terreno por un organismo público – Proyecto inmobiliario de reacondicionamiento de espacios públicos definido por ese organismo.
Cooperación policial y judicial	29/01/13	C-396/11	Radu	Materia Penal – Decisión marco 2002/584/JAI – Orden de detención europea y procedimientos de entrega entre Estados miembros – Orden de detención europea dictada para el ejercicio de acciones penales – Motivos de denegación de ejecución.
Cooperación policial y judicial	21/02/13	C-332/11	ProRail	Reglamento (CE) nº 1206/2001 – Cooperación en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil – Ejecución directa de la diligencia de prueba – Designación de un perito – Actividad pericial desarrollada en parte en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional remitente y en parte en el territorio de otro Estado miembro».
Cooperación policial y judicial	26/02/13	C-399/11	Melloni	Materia penal - Orden de detención europea – Procedimientos de entrega entre Estados miembros – Resoluciones dictadas a raíz de un juicio en el que el interesado no ha comparecido – Ejecución de una pena impuesta en rebeldía – Posibilidad de revisión de la sentencia
Cooperación policial y judicial	14/03/13	C-419/11	Česká spořitelna	Reglamento (CE) nº 44/2001 – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Artículos 5, punto 1, letra a), y 15, apartado 1 – Conceptos de “materia contractual” y de “contrato celebrado por el consumidor” – Pagaré – Aval – Garantía de un contrato de crédito.



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Cooperación policial y judicial	11/04/13	C-645/11	Sapir y otros	Reglamento (CE) nº 44/2001 – Artículos 1, apartado 1, y 6, número 1 – Concepto de “materia civil y mercantil” – Pago indebidamente realizado por una entidad estatal – Pretensión de restitución de este pago en el marco de un recurso jurisdiccional – Determinación del foro en caso de conexidad – Relación estrecha entre las demandas – Demandado domiciliado en un Estado tercero.
Cooperación policial y judicial	16/05/13	C-228/11	Melzer	Materia civil – Competencias especiales en materia delictual o cuasidelictual – Participación transfronteriza de varias personas en un mismo acto ilícito – Posibilidad de determinar la competencia territorial en función del lugar del acto realizado por otro autor del daño distinto del demandado (“wechselseitige Handlungsortzurechnung”).
Cooperación policial y judicial	30/05/13	C-168/13	F	Materia penal - Decisión marco 2002/584/JAI – Artículos 27, apartado 4, y 28, apartado 3, letra c) – Orden de detención europea y procedimientos de entrega entre Estados miembros – Regla de especialidad – Solicitud de ampliación de la orden de detención europea que justificó la entrega o solicitud de entrega ulterior a otro Estado miembro – Resolución de la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución que concede el consentimiento – Recurso suspensivo – Permisibilidad.
Cooperación policial y judicial	13/06/13	C-144/12	Goldbet Sportwetten	Reglamento (CE) nº 1896/2006 – Proceso monitorio europeo – Artículos 6 y 17 – Oposición al requerimiento europeo de pago sin impugnar la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen – Reglamento (CE) nº 44/2001 – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Artículo 24 – Comparecencia del demandado ante el



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

órgano jurisdiccional que conoce del asunto.

Cooperación policial y judicial	27/06/13	C-492/11	Di Donna	Materia civil – Mediación en asuntos civiles y mercantiles – Directiva 2008/52/CE – Normativa nacional que impone un procedimiento de mediación obligatorio – Sobreseimiento.
--	----------	----------	----------	---

Cooperación policial y judicial	18/07/13	C-147/12	ÖFAB	Materia civil – Reglamento (CE) nº 44/2001– Órgano jurisdiccional competente – Competencias especiales en “materia contractual” y en “materia delictual o cuasidelictual”.
--	----------	----------	------	--

Cooperación reforzada	16/04/13	C-274/11	España c. Consejo	Patente unitaria – Decisión de autorizar una cooperación reforzada con arreglo al artículo 329 TFUE, apartado 1 – Recurso de anulación por falta de competencia, desviación de poder y violación de los Tratados – Requisitos enunciados en los artículos 20 TUE, 326 TFUE y 327 TFUE – Competencia no exclusiva – Decisión adoptada “como último recurso” – Protección de los intereses de la Unión.
------------------------------	----------	----------	-------------------	---

Derecho a la tutela judicial efectiva	28/02/13	C-334/12	Réexamen Arango Jaramillo y otros/BEI	Reexamen de la sentencia T-234/11 P – Recurso de anulación – Admisibilidad – Plazo para recurrir – Plazo no establecido por una disposición de Derecho de la Unión – Concepto de “plazo razonable” – Interpretación – Obligación del órgano jurisdiccional de la Unión de tener en cuenta las circunstancias particulares de cada asunto – Derecho a la tutela judicial efectiva – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Vulneración de la coherencia del Derecho de la Unión.
--	----------	----------	---------------------------------------	--

Derecho a la tutela	06/06/13	C-536/11	Donau Chemie	Acceso al expediente – Procedimiento judicial relativo a multas que sancionan una
----------------------------	----------	----------	--------------	---



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

judicial efectiva			y otros	infracción del artículo 101 TFUE – Empresas terceras que desean ejercitar una acción por daños y perjuicios – Normativa nacional que supedita el acceso al expediente al consentimiento de todas las partes en el procedimiento – Principio de efectividad.
Derecho de los trabajadores	11/04/13	C-290/12	Della Rocca	Directiva 1999/70/CE – Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada – Cláusula 2 – Ámbito de aplicación del Acuerdo marco – Empresa de trabajo temporal – Trabajadores en régimen de trabajo temporal puestos a disposición de una empresa usuaria – Contratos de trabajo de duración determinada sucesivos.
Derechos de los trabajadores	11/04/13	C-335/11	HK Danmark	Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad – Directiva 2000/78/CE – Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Artículos 1, 2 y 5 – Diferencia de trato por motivos de discapacidad – Despido – Existencia de una discapacidad – Bajas del trabajador a causa de su discapacidad – Obligación de ajuste – Trabajo a tiempo parcial – Duración del plazo de preaviso.
Derechos de los trabajadores	18/04/13	C-247/12	Mustafa	Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario – Directiva 80/987/CEE – Directiva 2002/74/CE – Directiva 2008/94/CE – Artículos 2 y 3 – Obligación de establecer garantías para los créditos de los trabajadores asalariados – Posibilidad de limitar la garantía a los créditos anteriores a la inscripción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia – Resolución de apertura del procedimiento de insolvencia – Efectos – Continuación de las actividades de



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

empresario.

Derechos de los trabajadores	25/04/13	C-398/11	Hogan y otros	Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario – Directiva 2008/94/CE – Ámbito de aplicación – Regímenes complementarios de previsión profesionales – Planes de pensiones de prestación definida y con costes equilibrados – Insuficiencia de recursos – Nivel mínimo de protección – Crisis económica – Desarrollo económico y social equilibrado – Obligaciones del Estado miembro en cuestión en caso de insuficiencia de recursos – Responsabilidad del Estado miembro en caso de transposición incorrecta.
Derechos de los trabajadores	25/04/13	C-89/12	Bark	Empresas comunes – Contratos celebrados con los miembros del personal – Régimen aplicable – Reglamento (CE) nº 876/2002.
Derechos de los trabajadores	20/06/13	C-635/11	Comisión c. Holanda	Directiva 2005/56/CE – Fusiones transfronterizas de sociedades de capital – Artículo 16, apartado 2, letras a y b) – Sociedad resultante de una fusión transfronteriza – Trabajadores empleados en el Estado miembro del domicilio de la sociedad o en otros Estados miembros – Derecho de participación – Inexistencia de identidad de derechos.
Derechos de los trabajadores	20/06/13	C-7/12	Riežniece	Directiva 76/207/CEE – Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras – Directiva 96/34/CE – Acuerdo marco sobre el permiso parental – Amortización de puestos de funcionario a causa de dificultades económicas nacionales – Evaluación de una trabajadora en situación de permiso parental frente a otros trabajadores que permanecen en activo – Despido al término del permiso parental – Discriminación indirecta.



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Derechos de los trabajadores	18/07/13	C-426/11	Alemo-Herron y otros	Transmisión de empresas – Directiva 2001/23/CE – Mantenimiento de los derechos de los trabajadores – Convenio colectivo aplicable al cedente y al trabajador en el momento de la transmisión.
-------------------------------------	----------	----------	----------------------	---

Derechos del Niño	06/06/13	C-648/11	MA y otros	Reglamento (CE) nº 343/2003 – Determinación del Estado miembro responsable – Menor no acompañado – Solicitudes de asilo presentadas sucesivamente en dos Estados miembros – Situación en la que ningún miembro de la familia del menor se encuentra en el territorio de un Estado miembro – Artículo 6, párrafo segundo, del Reglamento (CE) nº 343/2003 – Traslado del menor al Estado miembro en el que ha presentado su primera solicitud de asilo – Compatibilidad – Interés superior del niño – Artículo 24, apartado 2, de la Carta.
--------------------------	----------	----------	------------	--

Ferrocarriles comunitarios	28/02/13	C-473/10	Comisión c. Hungría	Desarrollo de los ferrocarriles comunitarios – Adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria – Tarifación de la infraestructura ferroviaria – Directivas 91/440/CEE y 2001/14/CE – Transposición incompleta.
-----------------------------------	----------	----------	---------------------	--

Ferrocarriles comunitarios	28/02/13	C-483/10	Comisión c. España	Desarrollo de los ferrocarriles comunitarios – Directiva 2001/14/CE – Adjudicación de las capacidades de la infraestructura ferroviaria – Tarifación – Cánones – Independencia de la gestión.
-----------------------------------	----------	----------	--------------------	---

Ferrocarriles comunitarios	28/02/13	C-555/10	Comisión c. Austria	Transporte – Desarrollo de los ferrocarriles comunitarios – Directiva 91/440/CEE – Artículo 6, apartado 3, y anexo II – Directiva 2001/14/CE – Artículos 4, apartado 2, y 14, apartado 2 – Administrador de infraestructuras – Independencia
-----------------------------------	----------	----------	---------------------	--



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

organizativa y decisoria – Estructura de sociedad holding – Transposición incompleta.

Ferrocarriles comunitarios

28/02/13

C-556/10

Comisión c. Alemania

Transporte – Desarrollo de los ferrocarriles comunitarios – Directiva 91/440/CEE – Artículo 6, apartado 3, y anexo II – Directiva 2001/14/CE – Artículos 4, apartado 2, y 14, apartado 2 – Administrador de infraestructuras – Independencia organizativa y decisoria – Estructura de holding – Directiva 2001/14 – Artículos 7, apartado 3, y 8, apartado 1 – Fijación de los cánones sobre la base de los costes directos – Tarifación – Costes directos – Costes totales – Directiva 2001/14 – Artículo 6, apartado 2 – Inexistencia de mecanismos incentivadores de la reducción de costes – Directiva 91/440 – Artículo 10, apartado 7 – Directiva 2001/14 – Artículo 30, apartado 4 – Organismo regulador – Competencias.

Ferrocarriles comunitarios

18/04/13

C-625/10

Comisión c. Francia

Transporte – Desarrollo de los ferrocarriles comunitarios – Directiva 91/440/CEE – Artículo 6, apartado 3, y anexo II – Directiva 2001/14/CE – Artículo 14, apartado 2 – Falta de independencia jurídica del administrador de la infraestructura ferroviaria – Artículo 11 – Inexistencia de un sistema de incentivos – Transposición incompleta.

Ferrocarriles comunitarios

30/05/13

C-512/10

Comisión c. Polonia

Transporte – Directiva 91/440/CEE – Desarrollo de ferrocarriles comunitarios – Directiva 2001/14/CE – Adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria – Artículo 6, apartados 2 y 3, de la Directiva 2001/14 – Falta persistente de equilibrio financiero – Artículo 6, apartado 1, y artículo 7, apartados 3 y 4, de la Directiva 91/440 – Falta de incentivos para el administrador de infraestructuras – Artículos 7, apartado 3, y 8, apartado 1, de la Directiva 2001/14 – Cálculo del canon



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

para el acceso mínimo.

Ferrocarriles comunitarios

11/07/13

C-412/11

Comisión c. Luxemburgo

Transporte – Desarrollo de los ferrocarriles comunitarios – Directiva 91/440/CEE – Artículo 6, apartado 3, y anexo II – Directiva 2001/14/CE – Artículo 14, apartado 2 – Independencia del organismo al que se encomienda el ejercicio de las funciones fundamentales.

Ferrocarriles comunitarios

11/07/13

C-545/10

Comisión c. República Checa

Transporte – Directiva 91/440/CEE – Desarrollo de los ferrocarriles comunitarios – Artículo 10, apartado 7 – Organismo reglamentario – Competencias – Directiva 2001/14/CE – Adjudicación de las capacidades de la infraestructura ferroviaria – Artículo 4, apartado 1 – Marco de tarificación – Artículo 6, apartado 2 – Medidas destinadas a incentivar al administrador de infraestructuras a reducir los costes de la puesta a disposición de la infraestructura y la cuantía de los cánones de acceso – Artículo 7, apartado 3 – Fijación de los cánones por utilización de acceso mínimo y acceso por la vía a instalaciones de servicio – Coste directamente imputable a la explotación del servicio ferroviario – Artículo 11 – Sistema de incentivos – Artículo 30, apartado 5 – Organismo regulador – Competencias – Recurso administrativo contra las decisiones del organismo regulador.

Ferrocarriles comunitarios

11/07/13

C-627/10

Comisión c. Eslovenia

Transporte – Directiva 91/440/CEE – Desarrollo de los ferrocarriles comunitarios – Directiva 2001/14/CE – Adjudicación de las capacidades de la infraestructura ferroviaria – Artículo 6, apartado 3, y anexo II de la Directiva 91/440 – Artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2001/14 – Administrador de infraestructuras – Participación en el establecimiento del horario de servicio – Gestión del tráfico – Artículo 6, apartados 2 a 5, de la Directiva 2001/14 – Falta de medidas destinadas a



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

incentivar a los administradores de infraestructuras a reducir los costes de puesta a disposición de la infraestructura y la cuantía de los cánones de acceso – Artículos 7, apartado 3, y 8, apartado 1, de la Directiva 2001/14 – Coste directamente imputable a la explotación del servicio – Artículo 11 de la Directiva 2001/14 – Sistema de incentivos.

Fiscalidad	17/01/13	C-360/11	Comisión c. España	Incumplimiento de Estado – Impuesto sobre el valor añadido – Directiva 2006/112/CE – Aplicación de un tipo reducido – Artículos 96 y 98, apartado 2 – Anexo III, puntos 3 y 4 – “Productos farmacéuticos del tipo de los utilizados normalmente para el cuidado de la salud, la prevención de enfermedades y [el] tratamiento con fines médicos o veterinarios” – “Equipos médicos, [...] aparatos y demás instrumental utilizados normalmente para aliviar o tratar deficiencias, para uso personal y exclusivo de minusválidos”.
-------------------	----------	----------	--------------------	--

Fiscalidad	17/01/13	C-543/11	Woningstichting Maasdriel	IVA – Directiva 2006/112/CE – Artículo 135, apartado 1, letra k), en relación con el artículo 12, apartados 1 y 3 – Terreno no edificado – Terreno edificable – Conceptos – Obras de demolición al objeto de realizar una nueva – Exención del IVA.
-------------------	----------	----------	---------------------------	---

Fiscalidad	31/01/13	C-642/11	Stroy trans	Directiva 2006/112/CE – Principio de neutralidad fiscal – Derecho a deducción – Denegación – Artículo 203 – Mención del IVA en la factura – Exigibilidad – Existencia de una operación sujeta al impuesto – Apreciación idéntica respecto al expedidor de la factura y a su destinatario – Necesidad.
-------------------	----------	----------	-------------	---

Fiscalidad	31/01/13	C-643/11	LVK	IVA – Directiva 2006/112/CE – Principio de neutralidad fiscal – Derecho a deducción – Denegación – Artículo 203 – Mención del IVA en la factura – Exigibilidad – Existencia
-------------------	----------	----------	-----	---



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

de una operación sujeta al impuesto –
Apreciación idéntica respecto al expedidor
de la factura y a su destinatario –
Necesidad.

Fiscalidad	21/02/13	C-104/12	Becker	Sexta Directiva IVA – Artículo 17, apartado 2, letra a) – Derecho a deducir el impuesto soportado – Existencia necesaria de una relación directa e inmediata entre la operación por la que se soporta el IVA y una operación gravada por la que se repercute el IVA – Criterio de determinación de esta relación – Servicios de abogado prestados en el marco de un procedimiento penal por cohecho contra el gerente y socio principal de una sociedad de responsabilidad limitada.
-------------------	----------	----------	--------	--

Fiscalidad	21/02/13	C-123/11	A	Artículo 49 TFUE – Legislación fiscal – Fusión de una sociedad matriz establecida en un Estado miembro con una filial establecida en otro Estado miembro – Deducibilidad por la sociedad matriz de las pérdidas de la filial resultantes de las actividades de ésta – Exclusión respecto a las filiales no residentes.
-------------------	----------	----------	---	--

Fiscalidad	21/02/13	C-18/12	Žamberk	Directiva 2006/112/CE – Artículo 132, apartado 1, letra m) – Exención – Prestaciones de servicios directamente relacionadas con la práctica del deporte o de la educación física – Práctica de actividades deportivas de manera no organizada y no sistemática – Parque acuático municipal.
-------------------	----------	---------	---------	---

Fiscalidad	21/02/13	C-79/12	SC Mora IPR SRL c. Direcția Generală a Finanțelor Publice Sibiu et Direcția Județeană pentru Accize și Operațiuni	IVA - Directiva 2006/112/CE - Artículo 211 - Aplazamiento de pago del IVA a la importación.
-------------------	----------	---------	---	---



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Vamale Sibiu

Fiscalidad	28/02/13	C-168/11	Beker	Impuesto sobre la renta – Rendimientos del capital – Convenio para evitar la doble imposición – Dividendos distribuidos por sociedades establecidas en Estados miembros y en Estados terceros – Determinación del límite de imputación de la retención efectuada en el extranjero sobre el impuesto sobre la renta nacional – No consideración de los gastos personales y vinculados al estilo de vida – Justificación.
Fiscalidad	28/02/13	C-544/11	Petersen y Petersen	Normativa de un Estado miembro que permite la exención del impuesto sobre la renta de los ingresos percibidos por trabajos realizados en otro Estado en el marco de la ayuda al desarrollo – Requisitos – Empresario establecido en el territorio nacional – Denegación cuando el empresario está establecido en otro Estado miembro.
Fiscalidad	07/03/13	C-19/12	Efir	IVA - Directiva 2006/112/CE - Artículos 62, 63, 65, 73 y 80 - Constitución del derecho de superficie por parte de personas en favor de una empresa a cambio de los servicios de construcción prestados por la compañía - Contrato de intercambio - IVA para los servicios de construcción - Base imponible de la operación - efecto directo.
Fiscalidad	07/03/13	C-275/11	GfBk	IVA – Directiva 77/388/CEE – Exención de la gestión de fondos comunes de inversión – Alcance.
Fiscalidad	07/03/13	C-424/11	Wheels Common Investment Fund Trustees y otros	IVA – Directiva 77/388/CEE – Exención de la gestión de fondos comunes de inversión – Alcance – Regímenes de pensiones de jubilación.
Fiscalidad	14/03/13	C-108/11	Comisión c. Irlanda	Incumplimiento de Estado - IVA - Tipo reducido - Suministro de galgos y caballos no destinados a la elaboración o producción de alimentos para los servicios de consumo



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

humano o animal, alquiler de caballos y de inseminación - Directiva 2006/112 / CE - Infracción de los artículos 96, 98, en relación con el Anexo III, y 110.

Fiscalidad	14/03/13	C-216/11	Comisión c. Francia	Directiva 92/12/CEE – Impuestos especiales – Labores de tabaco adquiridas en un Estado miembro y transportadas a otro Estado miembro – Criterios de apreciación exclusivamente cuantitativos – Artículo 34 TFUE – Restricciones cuantitativas a la importación.
-------------------	----------	----------	---------------------	---

Fiscalidad	14/03/13	C-527/11	Ablessio	Directiva 2006/112/CE – Artículos 213, 214 y 273 – Identificación de los sujetos pasivos del IVA – Negativa a atribuir un número de identificación a efectos del IVA porque el sujeto pasivo no dispone de medios materiales, técnicos y financieros para ejercer la actividad económica declarada – Legalidad – Lucha contra el fraude fiscal – Principio de proporcionalidad.
-------------------	----------	----------	----------	---

Fiscalidad	21/03/13	C-91/12	PFC Clinic	IVA - Directiva 2006/112/CE – Exenciones – Artículo 132, apartado 1, letras b) y c) – Prestaciones de servicios de hospitalización y asistencia sanitaria y las demás relacionadas directamente con las mismas – Asistencia a personas físicas realizada en el ejercicio de profesiones médicas y sanitarias – Servicios que consisten en la realización de operaciones de cirugía y tratamientos de naturaleza estética – Operaciones de naturaleza meramente cosmética debidas exclusivamente a la voluntad del paciente.
-------------------	----------	---------	------------	---

Fiscalidad	11/04/13	C-85/11	Comisión c. Irlanda	Directiva 2006/112/CE – Artículos 9 y 11 – Legislación nacional que permite la inclusión de personas que no son sujetos pasivos en un grupo de personas que pueden ser consideradas como un solo sujeto pasivo del IVA.
-------------------	----------	---------	---------------------	---



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Fiscalidad	11/04/13	C-138/12	Rusedespred	IVA – Directiva 2006/112/CE – Artículo 203 – Principio de neutralidad fiscal – Devolución del impuesto pagado, en caso de denegación del derecho a la deducción al destinatario de una operación exenta.
Fiscalidad	18/04/13	C-565/11	Irimie	Devolución de impuestos recaudados por un Estado miembro en infracción del Derecho de la Unión – Normativa nacional que limita los intereses que dicho Estado tiene que abonar por el impuesto devuelto – Intereses calculados a partir del día siguiente a la presentación de la solicitud de devolución del impuesto – Falta de conformidad con el Derecho de la Unión – Principio de efectividad.
Fiscalidad	25/04/13	C-109/11	Comisión c. República Checa	Incumplimiento de Estado - Directiva 2006/112/CE - Artículos 9 y 11 - IVA.
Fiscalidad	25/04/13	C-480/10	Comisión c. Suecia	Incumplimiento de Estado – Artículo 11 de la Directiva 2006/112/CE – Legislación nacional que reserva la posibilidad de agrupación a efectos del IVA a las empresas de los sectores financiero y de seguros.
Fiscalidad	25/04/13	C-55/12	Comisión c. Irlanda	Incumplimiento de Estado - Directiva 2003/96/CE – Tributación de los productos energéticos y a electricidad - Exención del impuesto especial sobre el combustible para vehículos de motor utilizados por personas con discapacidad - Mantenimiento de la exención después expiración del período transitorio – Violación.
Fiscalidad	25/04/13	C-64/11	Comisión c. España	Libertad de establecimiento – Artículo 49 TFUE – Restricciones – Legislación tributaria – Tributación inmediata de las plusvalías latentes – Traslado de la residencia de una sociedad, cese de actividad de un establecimiento permanente o transferencia de activos.



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Fiscalidad	25/04/13	C-65/11	Comisión c. Holanda	Incumplimiento de Estado - Directiva 2006/112/CE - Artículos 9 y 11 - Normativa nacional.
Fiscalidad	25/04/13	C-74/11	Comisión c. Finlandia	Incumplimiento de Estado - Directiva 2006/112/CE - Artículos 9 y 11 - Sector financiero y de seguros.
Fiscalidad	25/04/13	C-86/11	Comisión c. Reino Unido	Incumplimiento de Estado - Directiva 2006/112/CE - Artículos 9 y 11 - IVA.
Fiscalidad	08/05/13	C-142/12	Marinov	IVA – Directiva 2006/112/CE – Artículos 18, letra c), 74 y 80 – Cese de la actividad económica imponible – Baja del sujeto pasivo en el registro del IVA efectuada por la Administración tributaria – Tenencia de bienes que hayan dado lugar a la deducción del IVA – Base imponible – Valor normal de mercado o valor de compra – Determinación en el momento de la operación – Efecto directo del artículo 74.
Fiscalidad	08/05/13	C-271/12	Petroma Transports y otros	IVA – Sexta Directiva 77/388/CEE – Derecho a la deducción del impuesto soportado – Obligaciones del sujeto pasivo – Posesión de facturas irregulares o imprecisas – Omisión de menciones obligatorias – Denegación del derecho a la deducción – Pruebas posteriores de la realidad de las operaciones facturadas – Facturas rectificativas – Derecho a la devolución del IVA – Principio de neutralidad.
Fiscalidad	16/05/13	C-169/12	TNT Express Worldwide	IVA – Directiva 2006/112/CE – Artículo 66, letras a) a c) – Prestaciones de servicios de transporte y de expedición – Exigibilidad – Fecha de cobro del precio y, como plazo máximo, a los treinta días desde la fecha de la prestación – Emisión anterior de la factura.



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Fiscalidad	16/05/13	C-191/12	Alakor Gabonatermel ó és Forgalmazó	No devolución de la totalidad del IVA abonado indebidamente – Normativa nacional que excluye la devolución del IVA por haber sido repercutido a un tercero – Compensación en forma de ayuda que cubre una fracción del IVA no deducible – Enriquecimiento sin causa.
Fiscalidad	30/05/13	C-651/11	X	IVA – Sexta Directiva 77/388/CEE – Artículo 5, apartado 8 – Concepto de “transmisión de una universalidad total o parcial de bienes” – Cesión del 30 % de las participaciones en una sociedad para la cual el cedente presta servicios sujetos al IVA.
Fiscalidad	30/05/13	C-663/11	Scandic Distilleries	Procedimiento prejudicial – Directiva 92/12/CEE – Impuestos especiales – Productos puestos a consumo en un Estado miembro en el que se pagaron los impuestos especiales – Mismos productos transportados a otro Estado miembro en el que también se han pagado los impuestos especiales – Solicitud de devolución de los impuestos pagados en el primer Estado miembro – Denegación de la solicitud por no haber sido ésta presentada antes del envío de los productos – Compatibilidad con el Derecho de la Unión.
Fiscalidad	06/06/13	C-383/10	Comisión c. Bélgica	Artículos 56 TFUE y 63 TFUE – Artículos 36 y 40 del Acuerdo EEE – Legislación tributaria – Exención fiscal reservada a los intereses abonados por los bancos residentes, quedando excluidos los abonados por los bancos establecidos en el extranjero.
Fiscalidad	13/06/13	C-125/12	Promociones y Construccione s BJ 200	IVA – Directiva 2006/112/CE – Artículo 199, apartado 1, letra g) – Proceso concursal voluntario – Persona deudora del impuesto – Sujeto pasivo destinatario de determinadas operaciones – Concepto de “procedimiento obligatorio de liquidación”.



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Fiscalidad	13/06/13	C-62/12	Kostov	Sistema común del impuesto sobre el valor añadido – Directiva 2006/112/CE – Artículo 9, apartado 1 – Concepto de “sujeto pasivo” – Persona física – Prestación de servicios imponible – Prestación ocasional – Inexistencia de relación con una actividad profesional registrada y sujeta al IVA – Agente judicial independiente.
Fiscalidad	20/06/13	C-219/12	Fuchs	Sexta Directiva IVA – Artículo 4, apartados 1 y 2 – Concepto de “actividades económicas” – Deducción del impuesto soportado – Explotación de una instalación fotovoltaica situada sobre el tejado de una casa utilizada como vivienda – Suministro a la red – Retribución – Generación de electricidad inferior al consumo.
Fiscalidad	20/06/13	C-259/12	RODOPI-M 91	IVA – Directiva 2006/112/CE – Principios de neutralidad fiscal y de proporcionalidad – Contabilización y declaración extemporáneas de la anulación de una factura – Regularización del incumplimiento – Pago del impuesto – Presupuesto del Estado – Inexistencia de perjuicio – Sanción administrativa.
Fiscalidad	20/06/13	C-653/11	Paul Newey	Procedimiento prejudicial – Sexta Directiva IVA – Artículos 2, número 1, y 6, apartado 1 – Concepto de “prestación de servicios” – Prestaciones de servicios de publicidad y de corretaje de préstamos – Exenciones – Realidad económica y mercantil de las operaciones – Prácticas abusivas – Operaciones cuyo único objeto es la obtención de una ventaja fiscal.
Fiscalidad	27/06/13	C-155/12	RR Donnelley Global Turnkey Solutions Poland	IVA – Directiva 2006/112/CE – Artículos 44 y 47 – Lugar en el que se consideran realizados los hechos imponibles – Conexión fiscal – Concepto de “prestación de servicios relacionados con bienes inmuebles” – Servicio transfronterizo complejo de



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

almacenamiento de mercancías.

Fiscalidad	04/07/13	C-350/11	Argenta Spaarbank	Legislación tributaria – Impuesto de sociedades – Deducción por capital riesgo – Intereses teóricos – Disminución del importe deducible por parte de las sociedades que disponen de establecimientos en el extranjero que generan rentas exentas en virtud de convenios para evitar la doble imposición.
Fiscalidad	18/07/13	C-124/12	AES-3C MARITZA EAST 1	IVA – Directiva 2006/112/CE – Artículos 168, letra a), y 176 – Derecho a deducción – Gastos relativos a la adquisición de bienes y de prestación de servicios destinados al personal – Personal cedido al sujeto pasivo que alega el derecho a deducir, pero que está empleado por otro sujeto pasivo.
Fiscalidad	18/07/13	C-210/11	Medicom	Sexta Directiva IVA – Artículos 6, apartado 2, párrafo primero, letra a), y 13, parte B, letra b) – Derecho a deducción – Bienes de inversión pertenecientes a personas jurídicas y puestos parcialmente a disposición de sus administradores para las necesidades privadas de éstos – Inexistencia de renta en dinero, pero toma en consideración de una gratificación en especie a efectos del impuesto sobre la renta.
Fiscalidad	18/07/13	C-26/12	PPG Holdings	IVA – Sexta Directiva 77/388/CEE – Artículos 17 y 13, parte B, letra d), número 6 – Exenciones – Deducción del impuesto soportado – Fondos de pensiones – Concepto de “gestión de fondos comunes de inversión”.
Fiscalidad	18/07/13	C-315/12	Metro Cash & Carry Danmark	Impuestos especiales – Directiva 92/12/CEE – Artículos 7 a 9 – Directiva 2008/118/CE – Artículos 32 a 34 – Circulación intracomunitaria de productos gravados con impuestos especiales – Reglamento (CEE)



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

nº 3649/92 – Artículos 1 y 4 – Documento simplificado de acompañamiento – Ejemplar 1 – Actividad de “cash & carry” – Productos despachados a consumo en un Estado miembro y poseídos con fines comerciales en otro Estado miembro o productos adquiridos por los particulares para satisfacer sus propias necesidades y transportados por ellos mismos – Bebidas alcohólicas – Inexistencia de obligación de comprobación por parte del proveedor.

Fiscalidad	18/07/13	C-78/12	Evita-K	Directiva 2006/112/CE – Sistema común del impuesto sobre el valor añadido – Entrega de bienes – Concepto – Derecho a deducción – Denegación – Realización efectiva de una operación gravada – Reglamento (CE) nº 1760/2000 – Sistema de identificación y registro de bovinos – Marcas auriculares.
-------------------	----------	---------	---------	--

Fiscalidad	18/07/13	C-99/12	Eurofit	Petición de decisión prejudicial – Agricultura – Organización común de mercados – Reglamento (CEE) nº 3665/87 – Restituciones a la exportación – Desvío de la mercancía destinada a la exportación – Obligación de reembolso por el exportador – Inexistencia de comunicación, por las autoridades competentes, de la información relativa a la fiabilidad de la otra parte contratante, sospechosa de fraude – Caso de fuerza mayor – Inexistencia.
-------------------	----------	---------	---------	--

Fronteras	21/03/13	C-254/11	Shomodi	Tráfico fronterizo menor en las fronteras terrestres exteriores de los Estados miembros – Reglamento (CE) nº 1931/2006 – Reglamento (CE) nº 562/2006 – Duración máxima de la estancia – Reglas de cálculo.
------------------	----------	----------	---------	--

Internet	11/07/13	C-657/11	Belgian Electronic	Directivas 84/450/CEE y 2006/114/CE – Publicidad engañosa y publicidad
-----------------	----------	----------	--------------------	--



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

			Sorting Technology	comparativa – Concepto de “publicidad” – Registro y utilización de un nombre de dominio – Utilización de indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de Internet.
--	--	--	-----------------------	--

Juegos de Azar	24/01/13	C-186/11	Stanleybet y otros	Artículos 43 CE y 49 CE – Normativa nacional que concede un derecho exclusivo para la realización, gestión, organización y explotación de juegos de azar a una única empresa que reviste la forma jurídica de sociedad anónima y cotiza en bolsa – Publicidad de los juegos de azar y expansión a otros Estados miembros de la Unión Europea – Control ejercido por el Estado.
-----------------------	----------	----------	--------------------	--

Libertad de establecimiento	31/01/13	C-301/11	Comisión c. Holanda	Artículos 49 TFUE y 54 TFUE – Principios de equivalencia y efectividad – Transformación transfronteriza – Denegación de la inscripción en el registro.
------------------------------------	----------	----------	---------------------	--

Libertad de establecimiento	18/07/13	C-261/11	Comisión c. Dinamarca	Incumplimiento de Estado - Artículo 49 TFUE - Artículo 31 del Acuerdo EEE - Restricciones - Legislación tributaria - Transferencia de bienes a otro Estado miembro - imposición inmediata de las plusvalías latentes.
------------------------------------	----------	----------	-----------------------	---

Libre circulación de personas y derecho de residencia	28/02/13	C-425/11	Ettwein	Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra – Igualdad de trato – Trabajadores fronterizos autónomos – Nacionales de un Estado miembro de la Unión – Ingresos profesionales percibidos en ese Estado miembro – Traslado del lugar de residencia a Suiza – Denegación de una ventaja fiscal en dicho Estado miembro por el traslado de la residencia»
--	----------	----------	---------	--



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Libre circulación de personas y derecho de residencia	08/05/13	C-529/11	Alarape y Tijani	Reglamento (CEE) nº 1612/68 – Artículo 12 – Cónyuge divorciado de un nacional de un Estado miembro que ha trabajado en otro Estado miembro – Hijo mayor de edad que cursa sus estudios en el Estado miembro de acogida – Derecho de residencia del progenitor que es nacional de un Estado tercero – Directiva 2004/38/CE – Artículos 16 a 18 – Derecho de residencia permanente de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro – Residencia legal – Residencia basada en el citado artículo 12.
Libre circulación de personas y derecho de residencia	08/05/13	C-87/12	Ymeraga y otros	Artículo 20 TFUE – Derecho de residencia de los nacionales de terceros países miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no ha ejercido su derecho a la libre circulación – Derechos fundamentales.
Libre circulación de personas y derecho de residencia	04/06/13	C-300/11	ZZ	Directiva 2004/38/CE – Resolución por la que se prohíbe a un ciudadano de la Unión Europea la entrada en el territorio de un Estado miembro por razones de seguridad pública – Artículo 30, apartado 2, de dicha Directiva – Obligación de comunicar al ciudadano interesado las razones en las que se basa dicha resolución – Comunicación contraria a los intereses de la seguridad del Estado – Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
Libre circulación de personas y derecho de residencia	20/06/13	C-20/12	Giersch y otros	Igualdad de trato – Ventajas sociales – Reglamento (CEE) nº 1612/68 – Artículo 7, apartado 2 – Ayuda económica para estudios superiores – Requisito de residencia en el Estado miembro que concede la ayuda – Denegación de la ayuda a los estudiantes, ciudadanos de la Unión que no residen en el Estado miembro de que se trate, cuyo padre o madre, trabajador fronterizo, trabaja en ese Estado miembro – Discriminación indirecta –



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Justificación – Objetivo de incrementar la proporción de personas residentes que poseen un título de enseñanza superior – Carácter apropiado – Proporcionalidad.

**Libre
circulación
de personas
y derecho
de
residencia**

18/07/13

C-523/11

Prinz

Artículos 20 TFUE y 21 TFUE – Derecho de libre circulación y de residencia – Ayuda a la formación concedida a un nacional de un Estado miembro para cursar estudios en otro Estado miembro – Obligación de residir en el Estado miembro de origen durante al menos tres años antes de comenzar los estudios.

Libre
circulación de
títulos
profesionales

21/02/13

C-111/12

Ordine degli
ingegneri di
Verona e
Provincia y
otros

Directiva 85/384/CEE – Reconocimiento mutuo de títulos en el sector de la arquitectura – Artículos 10 y 11, letra g) – Normativa nacional que reconoce la equivalencia de los títulos de arquitecto y de ingeniero civil, pero que reserva a los arquitectos las obras que afecten a inmuebles clasificados pertenecientes al patrimonio artístico – Principio de igualdad de trato – Situación puramente interna de un Estado miembro.

**Libre
circulación
de
trabajadores**

21/02/13

C-46/12

LN

Principio de igualdad de trato – Artículo 45 TFUE, apartado 2 – Reglamento (CEE) nº 1612/68 – Artículo 7, apartado 2 – Directiva 2004/38/CE – Artículo 24, apartados 1 y 2 – Excepción al principio de igualdad de trato con respecto a las ayudas de manutención para los estudios consistentes en becas o préstamos – Ciudadano de la Unión que estudia en un Estado miembro de acogida – Actividad laboral por cuenta ajena anterior y posterior al inicio de los estudios – Objetivo principal del interesado en el momento de su entrada en el territorio del Estado miembro de acogida – Repercusión en su calificación de



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

trabajador y en su derecho a una beca.

**Libre
circulación
de
trabajadores**

16/04/13

C-202/11

Las

Artículo 45 TFUE – Sociedad establecida en la región de lengua neerlandesa del Reino de Bélgica – Obligación de redactar los contratos de trabajo en lengua neerlandesa – Contrato de trabajo de carácter transfronterizo – Restricción – Falta de proporcionalidad.

**Libre
circulación
de
trabajadores**

13/06/13

C-45/12

Hadj Ahmed

Trabajadores migrantes – Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Ámbito de aplicación personal – Concesión de prestaciones familiares a una nacional de un Estado tercero con derecho de residencia en un Estado miembro – Reglamento (CE) nº 859/2003 – Directiva 2004/38/CE – Reglamento (CEE) nº 1612/68 – Requisito de duración de la residencia.

**Lucha
contra el
terrorismo**

25/04/13

C-212/11

Jyske Bank
Gibraltar

Prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo – Directiva 2005/60/CE – Artículo 22, apartado 2 – Decisión 2000/642/JAI – Obligación de comunicación de las transacciones financieras sospechosas a cargo de las entidades de crédito – Entidad que opera bajo el régimen de la libre prestación de servicios – Determinación de la unidad nacional de información financiera responsable de la obtención de la información – Artículo 56 TFUE – Restricción a la libre prestación de servicios – Razones imperiosas de interés general – Proporcionalidad.

**Lucha
contra el
terrorismo**

28/05/13

C-239/12

Abdulrahim c.
Consejo y
Comisión

Recurso de casación – Medidas restrictivas adoptadas contra personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes – Reglamento (CE) nº 881/2002 – Recurso de anulación – Retirada del interesado de la lista de



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

personas y entidades afectadas – Interés en ejercitar la acción.

**Lucha
contra el
terrorismo**

06/06/13

C-183/12

Chafiq Ayadi
c. Comisión

Recurso de casación - Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) - Medidas restrictivas dirigidas a determinadas personas y entidades asociadas con Oussama ben Laden, la red Al-Qaida y los talibanes - Reglamento (CE) n° 881/2002 - Recurso de anulación - Revocación de la lista de personas y entidades - Interés en actuar.

**Lucha
contra el
terrorismo**

18/07/13

C-584/10

Comisión c.
Kadi

Recurso de casación – Medidas restrictivas contra personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes – Reglamento (CE) n° 881/2002 – Congelación de los fondos y de los recursos económicos de una persona incluida en una lista elaborada por un órgano de las Naciones Unidas – Inclusión del nombre de esta persona en la lista que figura en el anexo I del Reglamento (CE) n° 881/2002 – Recurso de anulación – Derechos fundamentales – Derecho de defensa – Principio de tutela judicial efectiva – Principio de proporcionalidad – Derecho al respeto de la propiedad – Obligación de motivación.

**Marca y
propiedad
intelectual e
industrial**

21/02/13

C-561/11

Fédération
Cynologique
Internationale

Reglamento (CE) n° 207/2009 – Artículo 9, apartado 1 – Concepto de “tercero” – Titular de una marca comunitaria posterior.

**Marca y
propiedad
intelectual e
industrial**

21/02/13

C-655/11

Seven for all
mankind LLC
contra Seven
SpA.

Recurso de casación - Procedimiento de oposición - Marca denominativa anterior - Similitud de los signos - Riesgo de confusión - Motivo de denegación.

**Marca y
propiedad
intelectual e**

18/04/13

C-12/12

Colloseum
Holding

Reglamento (CE) n° 40/94 – Artículo 15, apartado 1 – Concepto de “uso efectivo” – Marca que sólo se utiliza como parte de una



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

industrial				marca compuesta o en combinación con otra marca.
Marca y propiedad intelectual e industrial	27/06/13	C-457/11	VG Wort	Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información – Directiva 2001/29/CE – Derecho de reproducción – Compensación equitativa – Concepto de “reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares” – Consecuencias de no aplicar las medidas tecnológicas disponibles dirigidas a impedir o limitar los actos no autorizados – Consecuencias de una autorización expresa o tácita de reproducción.
Marca y propiedad intelectual e industrial	27/06/13	C-320/12	Malaysia Dairy Industries	Aproximación de las legislaciones – Directiva 2008/95/CE – Artículo 4, apartado 4, letra g) – Marcas – Requisitos para la obtención y mantenimiento de una marca – Denegación de registro o nulidad – Concepto de “mala fe” del solicitante – Conocimiento por parte del solicitante de la existencia de una marca extranjera.
Marca y propiedad intelectual e industrial	11/07/13	C-521/11	Amazon.com International Sales y otros	Aproximación de las legislaciones – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Derecho de reproducción exclusivo – Directiva 2001/29/CE – Artículo 5, apartado 2, letra b) – Compensación equitativa – Aplicación sin distinciones, pero con un eventual derecho a devolución, del canon por copia privada destinado a financiar la compensación – Afectación de los ingresos percibidos en parte a los titulares del derecho y en parte a instituciones de carácter social o cultural – Doble pago del canon por copia privada en el marco de una operación transfronteriza.
Marca y propiedad intelectual e industrial	18/07/13	C-252/12	Specsavers International Healthcare	Reglamento (CE) nº 207/2009 – Artículos 9, apartado 1, letras b) y c), 15, apartado 1, y 51, apartado 1, letra a) – Motivos de caducidad – Concepto de uso efectivo –



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

industrial			y otros	Marca utilizada en combinación con otra marca o como parte de una marca compuesta – Color o combinación de colores en que se utiliza una marca – Renombre.
Marca y propiedad intelectual e industrial	18/07/13	C-414/11	Daiichi Sankyo y Sanofi-Aventis Deutschland	Artículo 207 TFUE –Aspectos comerciales de la propiedad intelectual – Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) – Artículo 27 – Materia patentable – Artículo 70 – Protección de la materia existente.
Marca y propiedad intelectual e industrial	18/07/13	C-621/11	New Yorker SHK Jeans/OAMI	Recurso de casación – Solicitud de registro de la marca denominativa comunitaria FISHBONE – Procedimiento de oposición – Marca nacional figurativa anterior FISHBONE BEACHWEAR – Uso efectivo de la marca anterior – Toma en consideración de pruebas complementarias no presentadas en el plazo fijado – Reglamento (CE) nº 207/2009 – Artículos 42, apartados 2 y 3, y 76, apartado 2 – Reglamento (CE) nº 2868/95 – Regla 22, apartado 2.
Mercado común	22/01/13	C-286/11	Comisión c. Tomkins	Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Responsabilidad de la sociedad matriz derivada únicamente del comportamiento infractor de su filial – Principio <i>ne ultra petita</i> – Efecto sobre la situación jurídica de la sociedad matriz de una anulación declarada por una sentencia que afecta a una filial.
Mercado Común	24/01/13	C-646/11	Falles Fagligt Forbund (3F) c. Comisión	Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado español de compra y primera transformación del tabaco crudo – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto del mercado – Multas – Igualdad de trato – Límite máximo del 10 % del volumen de



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

negocios – Cooperación – Desnaturalización de las pruebas – Error manifiesto de apreciación – Falta de motivación.

Mercado común	24/01/13	C-73/11	Frucona Košice c. Comisión	Recurso de casación – Ayudas de Estado – Remisión del 65 % de una deuda fiscal en un procedimiento de insolvencia – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común y se ordena su recuperación – Criterio del acreedor privado – Límites del control jurisdiccional – Sustitución por el Tribunal General de los motivos enunciados en la Decisión controvertida por los suyos propios – Error manifiesto de apreciación – Desnaturalización de los medios de prueba.
Mercado común	07/02/13	C-68/12	Slovenská sporiteľňa	Concepto de acuerdo colusorio – Acuerdo concluido entre varios bancos – Empresa competidora que opera en el mercado de referencia de forma presuntamente ilegal – Relevancia – Inexistencia.
Mercado común	28/02/13	C-1/12	Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas	Colegio de expertos contables – Normativa relativa al sistema de formación obligatoria de los expertos contables – Artículo 101 TFUE – Asociación de empresas – Restricciones a la competencia – Justificaciones – Artículo 106 TFUE, apartado 2.
Mercado común	14/03/13	C-276/11	Viega GmbH & Co. KG contra Comisión Europea	Recurso de casación - Accesorios de cobre y aleación de cobre - Competencia - Prácticas colusorias - Administración y evaluación de las pruebas - Derecho a ser oído en el tribunal - Obligación de motivación - Principio de proporcionalidad.
Mercado común	11/04/13	C-652/11	Mindo c. Comisión	Recurso de casación – Competencia – Práctica colusoria – Mercado italiano de compra y primera transformación de tabaco crudo – Pago de la multa por el codeudor solidario – Interés en ejercitar la acción –



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Carga de la prueba.

Mercado común	08/05/13	C-508/11	Eni c. Comisión	Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de butadieno y del caucho de estireno-butadieno fabricado mediante polimerización en emulsión – Imputabilidad del comportamiento infractor de las filiales a sus sociedades matrices – Presunción de ejercicio efectivo de una influencia determinante – Obligación de motivación – Gravedad de la infracción – Factor multiplicador de carácter disuasorio – Repercusiones concretas en el mercado – Circunstancias agravantes – Reincidencia.
Mercado común	30/05/13	C-70/12	Quinn Barlo Ltd y otros c. Comisión	Recurso de casación - Prácticas colusorias - Mercado europeo de metacrilatos - Duración de la infracción - Presunción de inocencia - Motivación - Facultades de plena jurisdicción - principios generales de protección de la confianza legítima y de igualdad de trato - Proporcionalidad de la multa.
Mercado común	13/06/13	C-511/11	Versalis (anciennement Polimeri Europa) c. Comisión	Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de butadieno y del caucho de estireno-butadieno fabricado mediante polimerización en emulsión – Fijación de objetivos de precios, reparto de clientes mediante acuerdos de no agresión e intercambio de información comercial – Prueba – Imputabilidad del comportamiento infractor – Importe de la multa – Gravedad y duración de la infracción – Circunstancia agravante – Reincidencia.
Mercado común	18/06/13	C-681/11	Schenker y otros	Prácticas colusorias – Artículo 101 TFUE – Reglamento (CE) nº 1/2003 – Artículos 5 y 23, apartado 2 – Requisitos subjetivos para la imposición de una multa – Efectos de un dictamen jurídico o de la resolución de una autoridad nacional de defensa de la competencia – Facultad de una autoridad nacional de defensa de la competencia para declarar que se ha infringido el Derecho de la competencia de la Unión Europea sin



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

imponer una multa.

Mercado común	04/07/13	C-287/11	Comisión c. Aalberts Industries e.a.	Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado europeo – Sector de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Decisión de la Comisión – Declaración de una infracción del artículo 101 TFUE – Multas – Infracción única compleja y continuada – Cese de la infracción – Continuación de la infracción por algunos participantes – Reincidencia.
Mercado común	11/07/13	C-429/11	Gosselin Group NV c. Comisión	Recurso de casación - Competencia - Acuerdos - Artículos 81 CE y artículo 53 del Acuerdo EEE - Mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica - Fijación directa e indirectamente de precios, repartición del mercado y manipulación de los procedimientos fijados para la licitación de ofertas - Calificación - Restricción de la competencia por el objeto - Obligación de motivación – Líneas directrices sobre la afectación del comercio entre los Estados miembros - Valor jurídico - Obligación de definir el mercado de referencia - Alcance – Líneas directrices para el cálculo de multas (2006) - Proporción del valor de las ventas - Gravedad de la infracción - Circunstancias atenuantes - Obligación de motivación - Reglamento (CE) n° 1/2003 - Artículo 25 - Prescripción – Reincidencia.
Mercado común	11/07/13	C-439/11	Ziegler c. Comisión	Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Artículos 81 CE y 53 del Acuerdo EEE – Mercado de los servicios internacionales de mudanzas en Bélgica – Directrices relativas al efecto sobre el comercio entre los Estados miembros – Eficacia jurídica – Obligación de definir el mercado pertinente – Alcance – Derecho a un proceso equitativo – Principio de buena administración – Imparcialidad objetiva de la Comisión – Directrices para el cálculo de las multas (2006) – Proporción del valor de las ventas – Obligación de motivación –



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Reducción de la multa por falta de capacidad de pago o por particularidades del caso concreto – Igualdad de trato.

Mercado común

11/07/13

C-440/11

Comisión c. Stichting Administratietkantoor Portielje

Recurso de casación – Competencia – Carteles – Artículos 81 CE y 53 del Acuerdo EEE – Mercado de los servicios internacionales de mudanzas en Bélgica – Fijación directa e indirecta de los precios, reparto del mercado y manipulación del procedimiento de contratación – Imputabilidad de la conducta infractora a la entidad que controla las participaciones sociales – Concepto de “empresa” – Presunción de ejercicio efectivo de una influencia decisiva – Restricción de la competencia por el objeto – Directrices relativas al efecto sobre el comercio entre los Estados miembros – Directrices para el cálculo de las multas (2006) – Circunstancias atenuantes.

Mercado común

11/07/13

C-444/11

Team Relocations NV y otros c. Comisión

Recurso de casación – Competencia – Carteles – Artículos 81 CE y 53 del Acuerdo EEE – Mercado de los servicios internacionales de mudanzas en Bélgica – Fijación directa e indirecta de los precios, reparto del mercado y manipulación del procedimiento de contratación – Infracción única y continuada – Responsabilidad – Líneas directrices para calcular el valor de las sobre multas (2006) – Valor de las ventas – Concepto – Proporción – importe adicional – Circunstancias atenuantes – Obligación de motivación – Imputabilidad de la conducta ilícita a la sociedad dominante – Reglamento (CE) n 1/2003 – Artículo 23, apartado 2 – techo del 10% de la facturación – Proporcionalidad ”

Mercado común

18/07/13

C-499/11

Dow Chemical y otros c. Comisión

Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de butadieno y del caucho de estireno-butadieno fabricado mediante polimerización en emulsión – Fijación de objetivos de precios, reparto de clientes mediante acuerdos de no agresión e



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

intercambio de información comercial –
Imputabilidad del comportamiento infractor
– Facultades de apreciación de la Comisión
– Coeficiente multiplicador con finalidad
disuasoria – Igualdad de trato.

**Mercado
común**

18/07/13

C-501/11

Schindler
Holding
y otros c.
Comisión

Recurso de casación – Prácticas colusorias –
Mercado de la instalación y el
mantenimiento de ascensores y escaleras
mecánicas – Responsabilidad de la sociedad
matriz por las infracciones de las normas en
materia de prácticas colusorias cometidas
por su filial – Sociedad holding – Programa
interno de la empresa de adecuación a las
normas sobre competencia (“Compliance
Programme”) – Derechos fundamentales –
Principios del Estado de Derecho en el
marco de la determinación de las multas
impuestas – División de poderes, principios
de legalidad, de irretroactividad, de
protección de la confianza legítima y de
culpabilidad – Reglamento (CE) nº 1/2003 –
Artículo 23, apartado 2 – Validez –
Legalidad de las Directrices de la Comisión
de 1998.

**Petición de
decisión
prejudicial**

31/01/13

C-394/11

Belov

Artículo 267 TFUE – Concepto de “órgano
jurisdiccional nacional” – Incompetencia del
Tribunal de Justicia.

**Petición de
decisión
prejudicial**

18/07/13

C-136/12

Consiglio
Nazionale dei
Geologi

Artículo 267 TFUE, párrafo tercero – Alcance
de la obligación de plantear una cuestión
prejudicial de los órganos jurisdiccionales de
última instancia – Artículo 101 TFUE –
Código deontológico de un Colegio
profesional que prohíbe aplicar tarifas que
no correspondan a la dignidad de la
profesión.

**Política
Agraria**

17/01/13

C-623/11

Geodis

Ayuda alimentaria – Reglamento (CE)
nº 111/1999 – Programa de suministro de



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Común (PAC)			Calberson GE	productos agrícolas destinados a la Federación de Rusia – Adjudicatario de un contrato para el transporte de carne de vacuno – Atribución de competencia – Cláusula compromisoria.
Política Agraria Común (PAC)	07/02/13	C-454/11	Pusts	Reglamentos (CE) nos 1257/1999 y 817/2004 – Ayudas al desarrollo rural – Recuperación de pagos indebidos – Normativa nacional que supedita la concesión de la ayuda agroambiental a una solicitud anual acompañada de varios documentos – Beneficiario que cumplió sus obligaciones relativas a la explotación de la superficie de que se trata pero que no presentó la solicitud de conformidad con la citada normativa – Retirada de la ayuda sin dar audiencia al beneficiario en caso de que éste no respete las disposiciones aplicables a la presentación de una solicitud de ayuda agroambiental.
Política Agraria Común (PAC)	14/03/13	C-545/11	Agrar-genossenschaft Neuzelle	Reglamento (CE) nº 73/2009 – Artículo 7, apartados 1 y 2 – Modulación de los pagos directos concedidos a los agricultores – Reducción adicional de los importes de los pagos directos – Validez – Principio de protección de la confianza legítima – Principio de no discriminación.
Política Agrícola Común (PAC)	11/04/13	C-401/11	Soukupová	Agricultura – FEOGA – Reglamento (CE) nº 1257/1999 – Ayuda al desarrollo rural – Ayuda al cese anticipado de la actividad agraria – Cesionista no menor de cincuenta y cinco años pero que en el momento de la cesión de su explotación no tiene aún la edad de jubilación normal – Concepto de “edad de jubilación normal” – Legislación nacional que fija una edad de jubilación variable según el sexo y, en el caso de las mujeres, según el número de hijos criados – Principios generales de igualdad de trato y de no discriminación.
Política Agraria	13/06/13	C-3/12	Syndicat OP	Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola – Concepto de “período de control”



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Común (PAC)			84	– Posibilidad de extensión, por parte de un Estado miembro, del período de control en caso de imposibilidad material de realizar el control durante el plazo previsto – Devolución de las ayudas percibidas – Sanciones.
Política Agraria Común (PAC)	13/06/13	C-671/11	Unanimos	Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola – Concepto de “período controlado” – Posibilidad de ampliar el período controlado y situación en el tiempo del mismo – Objetivo de eficacia de los controles – Seguridad jurídica.
Política Agraria Común (PAC)	18/07/13	C-211/12	Martini	Régimen de certificados de importación – Reglamento (CE) n° 1291/2000 – Artículo 35, apartado 4, letra c) – Garantías prestadas al solicitar la expedición de certificados – Certificado de importación – Presentación extemporánea de la prueba de su utilización – Sanción – Cálculo del importe ejecutado – Reglamento (CE) n° 958/2003 – Contingentes arancelarios.
Política Agraria Común (PAC)	18/07/13	C-520/11	Comisión c. Francia	Incumplimiento de Estado - Decisión 2009/726/CE – No ejecución - Importaciones de leche y productos lácteos - Procedencia – Explotación con riesgos para casos de encefalopatías espongiiformes - Medidas nacionales de prohibición.
Política Agraria Común (PAC)	27/06/13	C-149/12	Xeda International SA y Pace International LLC c. Comisión	Recurso de casación - Productos fitosanitarios – “Diphénylamine” - No inclusión en el anexo I de la Directiva 91/414/CEE - Procedimiento de evaluación de las sustancias activas - Reglamentos (CE) n° 1490/2002 y (CE) n° 1095/2007.
Política Exterior y de Seguridad	23/04/13	C-478/11	Gbagbo c. Consejo	Recurso de casación – Medidas restrictivas adoptadas contra personas y entidades – Artículo 263 TFUE, párrafo sexto – Plazo para recurrir – Fuerza mayor – Conflicto



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Común (PESC)				armado.
Prohibición de discriminación	28/02/13	C-427/11	Kenny y otros	Artículo 141 CE – Directiva 75/117/CEE – Igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras – Discriminación indirecta – Justificación objetiva – Requisitos.
Prohibición de discriminación	25/04/13	C-81/12	Asociația Accept	Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Directiva 2000/78/CE – Artículos 2, apartado 2, letra a), 10, apartado 1, y 17 – Prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual – Concepto de “hechos que permit[e]n presumir la existencia de discriminación” – Modificación de la carga de la prueba – Sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias – Persona que se presenta y es percibida por la opinión pública como el directivo de un club de fútbol profesional – Declaraciones públicas que excluyen la contratación de un futbolista presentado como homosexual.
Protección de la salud	07/03/13	C-358/11	Lapin ELY-keskus, liikenne ja infrastruktuuri	Residuos – Residuos peligrosos – Directiva 2008/98/CE – Antiguos postes de telecomunicaciones tratados con soluciones de CCA (cobre-cromo-arsénico) – Registro, evaluación y autorización de las sustancias químicas – Reglamento (CE) nº 1907/2006 (Reglamento REACH) – Lista de los usos de la madera tratada que figura en el anexo XVII del Reglamento REACH – Antiguos postes de telecomunicaciones utilizados como soporte de pasarelas.
Protección de la salud	11/04/13	C-535/11	Novartis Pharma	Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) nº 726/2004 – Medicamentos para uso humano – Procedimiento de autorización – Exigencia de autorización – Concepto de medicamentos “desarrollados” mediante determinados procedimientos



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

biotecnológicos que figuran en el apartado 1 del anexo a dicho Reglamento – Operación de reacondicionamiento – Solución inyectable distribuida en viales de uso único que contienen un volumen de solución terapéutica superior al utilizado efectivamente a fines del tratamiento médico – Trasvase parcial del contenido de dichos viales, previa prescripción de un médico, a jeringuillas precargadas que corresponden a las dosis prescritas, sin modificar el medicamento.

Protección de la salud	11/04/13	C-636/11	Berger	Reglamento (CE) nº 178/2002 – Seguridad alimentaria – Información al público – Comercialización de un alimento no apto para el consumo humano pero que no presenta riesgos para la salud.
Protección de la salud	11/07/13	C-57/12	Femarbel	Directiva 2006/123/CE – Ámbito de aplicación <i>ratione materiae</i> – Servicios sociales – Centros de acogida diurna y nocturna que dispensan asistencia y cuidados a las personas de edad avanzada.
Protección de la salud	11/07/13	C-601/11	Francia c. Comisión	Recurso de casación – Recurso de anulación – Protección contra las encefalopatías espongiiformes transmisibles – Reglamento (CE) nº 746/2008 – Reglamento por el que se autorizan medidas de inspección y erradicación menos rigurosas que las establecidas anteriormente– Principio de cautela – Nivel de protección de la salud humana– Datos nuevos que pueden modificar la percepción del riesgo – Falta de motivación – Desnaturalización de los hechos – Error de Derecho.
Protección de la salud	18/07/13	C-313/11	Comisión c. Polonia	Reglamento (CE) nº 1829/2003/CE – Alimentación animal – Alimentos modificados genéticamente – Producción, comercialización o utilización – Prohibición nacional no entrada aún en vigor.



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Protección de los consumidores	17/01/13	C-206/11	Köck	Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior – Normativa de un Estado miembro conforme a la cual los anuncios de rebajas requieren de autorización previa.
Protección de los consumidores	21/02/13	C-472/11	Banif Plus Bank	Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas que figuran en los contratos celebrados con consumidores – Examen de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula – Obligación del juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula de instar a las partes a que presenten sus observaciones antes de extraer las consecuencias de dicha comprobación – Cláusulas contractuales que deben tenerse en cuenta en el examen del carácter abusivo.
Protección de los consumidores	14/03/13	C-415/11	Aziz	Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Procedimiento de ejecución hipotecaria – Facultades del juez nacional que conozca del proceso declarativo – Cláusulas abusivas – Criterios de apreciación.
Protección de los consumidores	21/03/13	C-92/11	RWE Vertrieb	Directiva 2003/55/CE – Mercado interior del gas natural – Directiva 93/13/CEE – Artículo 1, apartado 2, y artículos 3 a 5 – Contratos celebrados entre los profesionales y los consumidores – Condiciones generales – Cláusulas abusivas – Modificación unilateral del precio del servicio por el profesional – Remisión a una normativa imperativa concebida para otra categoría de consumidores – Aplicabilidad de la Directiva 93/13 – Obligación de redacción clara y comprensible y de transparencia.
Protección de los consumidores	30/05/13	C-397/11	Jóros	Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas que figuran en los contratos celebrados con los consumidores – Examen de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de una



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

cláusula contractual – Consecuencias que debe deducir el juez nacional de la constatación del carácter abusivo de una cláusula.

Protección de los consumidores

30/05/13

C-488/11

Asbeek
Brusse y de
Man Garabito

Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas que figuran en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de arrendamiento de vivienda concluido entre un arrendador profesional y un arrendatario que actúa con fines privados – Examen de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula contractual – Cláusula penal – Anulación de la cláusula.

Protección de los consumidores

18/07/13

C-265/12

Citroën Belux

Artículo 56 TFUE – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales – Ofertas conjuntas compuestas por lo menos por un servicio financiero – Prohibición – Excepciones.

Protección de los consumidores

18/07/13

C-299/12

Green Swan
Pharmaceutic
als CR

Reglamento (CE) nº 1924/2006 – Declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos – Artículo 2, apartado 2, número 6 – Concepto de “declaración de reducción del riesgo de enfermedad” – Artículo 28, apartado 2 – Productos que lleven marcas registradas o nombres comerciales – Medidas transitorias.

Protección de los datos personales

30/05/13

C-342/12

Worten

Directiva 95/46/CE – Artículo 2 – Concepto de “datos personales” – Artículos 6 y 7 – Principios relativos a la calidad de los datos y a la legitimidad del tratamiento de los datos – Artículo 17 – Seguridad de los tratamientos – Tiempo de trabajo de los trabajadores – Registro del tiempo de trabajo – Acceso de la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo – Obligación del empleador de tener disponible el registro del tiempo de trabajo para permitir su



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

consulta inmediata.

Protección del medio ambiente	15/01/13	C-416/10	Križan y otros	Artículo 267 TFUE – Anulación de una resolución judicial – Devolución al órgano jurisdiccional de que se trata – Obligación de adecuarse a la resolución de anulación – Procedimiento prejudicial – Posibilidad – Medio ambiente – Convenio de Aarhus – Directiva 85/337/CEE – Directiva 96/61/CE – Participación del público en el procedimiento de toma de decisiones – Construcción de un vertedero de residuos – Solicitud de autorización – Secreto comercial – No comunicación de un documento al público – Incidencia sobre la validez de la resolución de autorización del vertedero – Subsanción – Evaluación de las repercusiones del proyecto sobre el medio ambiente – Informe final anterior a la adhesión del Estado miembro a la Unión – Aplicación en el tiempo de la Directiva 85/337 – Recurso jurisdiccional – Medidas provisionales – Suspensión de la ejecución – Anulación de la resolución impugnada – Derecho de propiedad – Menoscabo.
Protección del medio ambiente	31/01/13	C-26/11	Belgische Petroleum Unie y otros	Directiva 98/70/CE – Calidad de la gasolina y el gasóleo – Artículos 3 a 5 – Especificaciones medioambientales de los combustibles – Directiva 98/34/CE – Procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información – Artículos 1 y 8 – Concepto de “reglamento técnico” – Obligación de comunicar los proyectos de reglamentos técnicos – Normativa nacional que obliga a las compañías petroleras que comercialicen gasolina o gasóleo a comercializar también en el mismo año civil una determinada cantidad de biocombustibles.



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Protección del medio ambiente	07/02/13	C-517/11	Comisión Europea c. Grecia	Directiva 92/43/CEE - Conservación de hábitats naturales - Artículo 6, apartado 2 - Deterioro y la contaminación del lago Koroneia - Protección - Medidas insuficientes - Directiva 91/271/CEE - Tratamiento de las aguas residuales urbanas - artículos 3 y 4, apartados 1 y 3 - Tratamiento de las aguas residuales urbanas.
Protección del medio ambiente	14/03/13	C-420/11	Leth	Directiva 85/337/CEE – Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente – Autorización de un proyecto de este tipo sin una evaluación adecuada – Objetivos de dicha evaluación – Requisitos de la existencia del derecho a obtener reparación – Inclusión o no de la protección de los particulares frente a los daños patrimoniales.
Protección del medio ambiente	21/03/13	C-244/12	Salzburger Flughafen	Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos sobre el medio ambiente – Directiva 85/337/CEE – Artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2 – Proyectos incluidos en el anexo II – Obras de ampliación de la infraestructura de un aeropuerto – Examen mediante umbrales o criterios – Artículo 4, apartado 3 – Criterios de selección – Anexo III, apartado 2, letra g) – Áreas de gran densidad demográfica.
Protección del medio ambiente	11/04/13	C-158/12	Comisión c. Irlanda	Incumplimiento de Estado - Directiva 2008/1/CE - Artículo 5 - Prevención y reducción integrada de la contaminación - Condiciones de permisos para instalaciones existentes - Obligación de garantizar el funcionamiento de tales instalaciones de acuerdo con los requisitos de la Directiva.
Protección del medio ambiente	11/04/13	C-258/11	Sweetman y otros	Directiva 92/43/CEE – Artículo 6 – Conservación de los hábitats naturales – Zonas especiales de conservación –



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

ambiente

Evaluación de las repercusiones de un plan o proyecto en un lugar protegido – Criterios que han de aplicarse al evaluar la probabilidad de que tal plan o proyecto cause perjuicio a la integridad del lugar en cuestión – Lugar denominado Lough Corrib – Proyecto de carretera N6 de circunvalación de la ciudad de Galway.

Protección del medio ambiente

11/04/13

C-260/11

Edwards

Convenio de Aarhus – Directiva 85/337/CEE – Directiva 2003/35/CE – Artículo 10 bis – Directiva 96/61/CE – Artículo 15 bis – Acceso a la justicia en materia de medio ambiente – Concepto de “coste no prohibitivo” de los procedimientos judiciales.

Protección del medio ambiente

18/04/13

C-436/11

L

Directiva 2001/42/CE – Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente – Artículo 3, apartados 4 y 5 – Determinación del tipo de planes que pueden tener efectos significativos en el medio ambiente – Planes urbanísticos de “desarrollo interno” dispensados de evaluación medioambiental en virtud de la normativa nacional – Valoración errónea del requisito cualitativo del “desarrollo interno” – Falta de relevancia por lo que atañe a la eficacia jurídica del plan urbanístico – Menoscabo del efecto útil de la Directiva.

Protección del medio ambiente

25/04/13

C-331/11

Comisión c. República Eslovaca

Incumplimiento de Estado - Directiva 1999/31/CE - Vertido de residuos - Artículo 14 - Responsabilidad existente - Ausencia de un plan para el sitio - Actividades continuadas.

Protección del medio ambiente

13/06/13

C-193/12

Comisión c. Francia

Incumplimiento de Estado - Directiva 91/676/CEE - Protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura - Designación de las zonas vulnerables - Contenido de nitratos excesivos - “Eutrophisation” - Obligación revisión cuatrienal.



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Protección del medio ambiente	18/07/13	C-412/12	Comisión c. Chipre	Incumplimiento de Estado - Directiva 1999/31/CE – Colocación de vertederos de residuos – Explotación en la ausencia de un plan de manejo para el sitio - Obligación de desafectación.
Protección del medio ambiente	18/07/13	C-515/11	Deutsche Umwelthilfe	Acceso del público a la información medioambiental – Directiva 2003/4/CE – Facultad de los Estados miembros de excluir del concepto de “autoridad pública” previsto en dicha Directiva a las entidades que actúen en calidad de órgano legislativo – Límites.
Recurso de anulación	13/06/13	C-287/12	Ryanair Ltd c. Comisión	Recurso de casación - Préstamo concedido por Italia a la compañía aérea Alitalia - Decisión que declara la ayuda ilegal e incompatible - Venta de activos de Alitalia - Recurso de anulación - Legitimación - Parte interesada - Admisibilidad - Dificultades serias - Jurisdicción - Obligación de motivación.
Recurso de casación	20/06/13	C-269/12	Guillermo Cañas c. Comisión	Competencia - Doping - Clasificación de una denuncia presentada ante la Comisión - Definición de Legitimación - Persistencia de este interés después de la terminación de la actividad profesional.
Recurso de omisión	16/05/13	C-615/11	Comisión c. Ryanair Ltd.	Recurso de omisión - Artículo 232 CE - Reglamento (CE) n° 659/1999 - Artículo 20, apartado 2 - ayudas a favor de las compañías aéreas italianas - Denuncia - Ausencia de decisión de la Comisión.



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Régimen de asilo europeo común	31/01/13	C-175/11	HID y BA	Procedimiento prejudicial – Solicitud de un nacional de un país tercero de obtención del estatuto de refugiado – Directiva 2005/85/CE – Artículo 23 – Posibilidad de seguir un procedimiento de tramitación prioritaria de las solicitudes de asilo – Procedimiento nacional que se sustancia con carácter prioritario para examinar las solicitudes formuladas por personas pertenecientes a una determinada categoría establecida sobre el criterio de la nacionalidad o del país de origen – Derecho a un recurso judicial efectivo – Artículo 39 de dicha Directiva – Concepto de “órgano jurisdiccional” en el sentido de dicho artículo.
Régimen de asilo europeo común	30/05/13	C-528/11	Halaf	Reglamento (CE) nº 343/2003 – Determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país – Artículo 3, apartado 2 – Facultad de apreciación de los Estados miembros – Funciones que desempeña el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados – Obligación de los Estados miembros de recabar la opinión de dicha institución – Inexistencia.
Régimen de asilo europeo común	30/05/13	C-534/11	Arslan	Directiva 2008/115/CE – Normas y procedimientos comunes en materia de retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular – Aplicabilidad a los solicitantes de asilo – Posibilidad de mantener internado a un nacional de un país tercero tras la presentación de la solicitud de asilo.
Responsabilidad extracontractual de la Unión Europea	18/04/13	C-103/11	Comisión c. Systran et Luxembourg	Recurso de casación – Artículos 225 CE, apartado 1, 235 CE y 288 CE, párrafo segundo – Acción de responsabilidad extracontractual contra la Comunidad Europea – Apreciación del carácter



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

extracontractual del litigio – Competencia de los órganos jurisdiccionales comunitarios.

Responsabilidad extracontractual de la Unión Europea

28/02/13 C-460/09

Inalca y Cremonini c. Comisión

Recurso de casación – Comprobación de irregularidades en las restituciones por exportación de carne de vacuno destinada a Jordania – Investigación de la OLAF – Comunicación de las conclusiones de la OLAF a las autoridades nacionales – Constitución de garantías – Solicitud de reembolso de los gastos derivados de ello – Relación de causalidad – Adhesión a la casación – Plazo de prescripción – Inicio del cómputo.

Sanciones pecuniarias

30/05/13 C-270/11

Comisión c. Suecia

Directiva 2006/24/CE – Conservación de los datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas – Sentencia del Tribunal de Justicia por la que se declara un incumplimiento – No ejecución – Artículo 260 TFUE – Imposición de una suma a tanto alzado.

Sanciones pecuniarias

25/06/13 C-241/11

Comisión c. República Checa

Directiva 2003/41/CE – Actividad y supervisión de los fondos de pensiones de empleo – No transposición parcial dentro del plazo concedido – Sentencia del Tribunal de Justicia por la que se declara la existencia de un incumplimiento – No ejecución – Artículo 260 TFUE, apartado 2 – Sanciones pecuniarias – Cantidad a tanto alzado.

Seguridad social

07/02/13 C-122/11

Comisión Europea c. Bélgica

Reglamento (CE) n.º 883/2004 - Coordinación de los sistemas de seguridad social - Residencia en un tercer Estado - Violación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad – Inadmisibilidad.



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Seguridad social	21/02/13	C-288/11	Salgado González	Artículo 48 TFUE – Seguridad social de los trabajadores migrantes –Reglamentos (CEE) nº 1408/71 y (CE) nº 883/2004 – Seguro de vejez y muerte – Modalidades particulares de aplicación de la legislación nacional relativa al seguro de vejez – Cálculo de las prestaciones.
Seguridad social	21/02/13	C-619/11	Dumont de Chassart	Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Artículos 72, 78, apartado 2, letra b), y 79, apartado 1, letra a) – Prestaciones familiares de orfandad – Totalización de los períodos de seguro y de empleo – Períodos cubiertos por el progenitor superviviente en otro Estado miembro – No consideración.
Seguridad social	07/03/13	C-127/11	van den Booren	Trabajadores migrantes – Artículo 46 bis del Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Normas nacionales que prohíben la acumulación – Pensión de vejez – Aumento del importe abonado por un Estado miembro – Pensión de muerte y supervivencia – Reducción del importe abonado por otro Estado miembro.
Seguridad social	11/04/13	C-443/11	Jeltes y otros	Trabajadores migrantes – Artículo 45 TFUE – Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Artículo 71 – Trabajador fronterizo atípico en situación de paro total que ha conservado vínculos personales y profesionales en el Estado miembro del último empleo – Reglamento (CE) nº 883/2004 – Artículo 65 – Derecho a prestación en el Estado miembro de residencia – Denegación de pago por parte del Estado miembro del último empleo – Procedencia – Pertinencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 1986, Miethé (1/85) – Disposiciones transitorias – Artículo 87, apartado 8 – Concepto de “situación que se mantiene”.
Seguridad social	18/04/13	C-548/11	Mulders	Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Artículo 1, letra r) – Concepto de “períodos de seguro” – Artículo 46 – Cálculo de la pensión de jubilación – Períodos de seguro que se



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

deben considerar – Trabajador fronterizo –
Período de incapacidad laboral –
Acumulación de prestaciones similares
abonadas por dos Estados miembros – Falta
de cómputo de este período como período
de seguro – Requisito de residencia –
Normas nacionales que impiden la
acumulación.

Seguridad social	16/05/13	C-589/10	Wencel	Artículo 45 TFUE – Reglamento (CEE) nº 1408/71 – Artículo 10 – Prestaciones de vejez – Residencia habitual en dos Estados miembros distintos – Percepción de una pensión de supervivencia en uno de esos Estados y de una pensión de jubilación en el otro – Supresión de una de tales prestaciones – Recuperación de las prestaciones supuestamente indebidas.
-------------------------	----------	----------	--------	---

Seguridad social	04/07/13	C-233/12	Gardella	Transferencia de los derechos a pensión adquiridos en un Estado miembro – Artículos 45 TFUE y 48 TFUE – Normativa nacional que no prevé el derecho a transferir a una organización internacional que tenga su sede en otro Estado miembro el capital correspondiente a las cotizaciones por la contingencia de jubilación abonadas a un organismo de seguridad social nacional – Norma de totalización.
-------------------------	----------	----------	----------	---

Seguros	17/01/13	C-224/11	BGŻ Leasing	IVA – Prestación de leasing acompañada de una prestación de seguro del bien objeto del leasing, suscrita por el arrendador y facturada por éste al arrendatario – Calificación – Prestación única compleja o dos prestaciones independientes – Exención – Operación de seguro.
----------------	----------	----------	-------------	--

Seguros	21/02/13	C-243/11	RVS Levensverzekeringen	Seguro directo de vida – Impuesto anual sobre operaciones de seguro – Directiva 2002/83/CE – Artículos 1, apartado 1, letra g), y 50 – Concepto de «Estado miembro del compromiso» – Compañía de
----------------	----------	----------	-------------------------	--



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

seguros establecida en los Países Bajos – Tomador que firma un contrato de seguro en los Países Bajos y posteriormente fija su residencia habitual en Bélgica – Libre prestación de servicios.

Seguros	07/03/13	C-577/11	DKV Belgium	Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE – Seguro directo distinto del seguro de vida – Libre fijación de tarifas – Contratos de seguro de enfermedad no vinculados a la actividad profesional – Restricciones – Razones imperiosas de interés general.
----------------	----------	----------	-------------	--

Seguros	14/03/13	C-32/11	Allianz Hungría Biztosító y otros	Artículo 101 TFUE, apartado 1 – Aplicación de una normativa nacional análoga – Competencia del Tribunal de Justicia – Acuerdos bilaterales entre una entidad aseguradora y talleres de reparación de vehículos acerca del precio por hora de reparación – Tarifas incrementadas en función del número de contratos de seguro celebrados en favor de la entidad aseguradora a través de los citados talleres de reparación en su condición de mediadores – Concepto de “acuerdo que tiene por objeto restringir la competencia”.
----------------	----------	---------	-----------------------------------	---

Seguros	11/07/13	C-409/11	Csonka y otros	Circulación de vehículos automóviles – Seguro de la responsabilidad civil – Directiva 72/166/CEE – Artículo 3, apartado 1 – Directiva 84/5/CEE – Artículo 1, apartado 4, párrafo primero – Insolvencia del asegurador – No intervención del organismo de indemnización.
----------------	----------	----------	----------------	---

Servicios financieros	30/05/13	C-604/11	Genil 48 y Comercial Hostelería de Grandes Vinos	Directiva 2004/39/CE – Mercados de instrumentos financieros – Artículo 19 – Normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a los clientes – Asesoramiento en materia de inversión – Otros servicios de inversión – Obligación de valorar la conveniencia o idoneidad del servicio que se ha de prestar – Consecuencias contractuales de la
------------------------------	----------	----------	--	---



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

inobservancia de esta obligación – Servicio de inversión ofrecido como parte de un producto financiero – Contratos de permuta financiera («swaps») destinados a proteger las variaciones de los tipos de interés correspondientes a los productos financieros.

Sociedades	20/06/13	C-186/12	Impacto Azul	Restricciones – Responsabilidad solidaria de las sociedades matrices frente a los acreedores de sus filiales – Exclusión de las sociedades matrices que tengan su domicilio social en otro Estado miembro – Restricción – Inexistencia.
-------------------	----------	----------	--------------	---

Transporte aéreo	31/01/13	C-12/11	McDonagh	Reglamento (CE) nº 261/2004 – Concepto de “circunstancias extraordinarias” – Obligación de asistencia a los pasajeros en caso de cancelación de un vuelo por “circunstancias extraordinarias” – Erupción volcánica que provoca el cierre del espacio aéreo – Erupción del volcán islandés Eyjafjallajökull.
-------------------------	----------	---------	----------	---

Transporte aéreo	26/02/13	C-11/11	Folkerts	Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) nº 261/2004 – Artículos 6 y 7 – Vuelo con una o más conexiones – Constatación de un retraso en la llegada al destino final – Duración del retraso igual o superior a tres horas – Derecho de los pasajeros a compensación.
-------------------------	----------	---------	----------	--

Transporte aéreo	07/03/13	C-547/10	Suiza c. Comisión	Recurso de casación – Relaciones exteriores – Reglamento (CEE) nº 2408/92 – Acceso de las compañías aéreas comunitarias a las rutas aéreas intracomunitarias – Artículos 8 y 9 – Ámbito de aplicación – Ejercicio de los derechos de tráfico – Decisión 2004/12/CE – Medidas alemanas relacionadas con las operaciones de aproximación al aeropuerto de Zúrich – Obligación de motivación – No
-------------------------	----------	----------	-------------------	--



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

discriminación – Proporcionalidad – Carga de la prueba.

Transporte aéreo	25/04/13	C-95/11	Comisión c. Dinamarca	Transportes aéreos – Convenio de Montreal – Artículo 22, apartado 2 – Responsabilidad de los transportistas en materia de equipaje – Límites en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso del equipaje – Equipaje común a varios pasajeros – Facturación por uno solo de ellos.
-------------------------	----------	---------	-----------------------	--

Transposición de directivas	13/06/13	C-345/12	Comisión c. Italia	Directiva 2002/91/CE - Eficiencia energética de los edificios - Artículos 7, apartados 1 y 2, 9, 10 y 15, apartado 1 - Transposición incorrecta - No transposición en el plazo señalado - Directiva 2010/31/ UE - Artículo 29.
------------------------------------	----------	----------	--------------------	--

Transposición de directivas	04/07/13	C-312/11	Comisión c. Italia	Directiva 2000/78/CE - Artículo 5 - Creación de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación - Discapacidad - medidas de transposición insuficiente.
------------------------------------	----------	----------	--------------------	--



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

TABLA DE CONTENIDOS

Voces ordenadas alfabéticamente

Ayudas	Política Agraria Común (PAC)
Ayudas de Estado	Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)
Contratos públicos	Privilegios e inmunidades
Dietas de los diputados del Parlamento Europeo	Protección de la salud
Fondo de Cohesión	Protección del medio ambiente
Función pública	Unión aduanera
Marca y propiedad intelectual e industrial	



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

VOZ	FECHA	Nr. CASO	PARTES	ÍNDICE ANÁLITICO
Acceso a los documentos	19/03/13	T-301/10	In 't Veld c. Comisión	Reglamento (CE) nº 1049/2001 – Documentos relativos al proyecto de Acuerdo Comercial Internacional de Lucha contra la Falsificación (ACLF-ACTA) – Documentos relativos a las negociaciones – Denegación de acceso – Excepción relativa a la protección del interés público en materia de relaciones internacionales – Error manifiesto de apreciación – Proporcionalidad – Obligación de motivación.
Acceso a los documentos	07/06/13	T-93/11	Stichting Corporate Europe Observatory c. Comisión	Reglamento (CE) nº 1049/2001 – Documentos relativos a las negociaciones entre la Unión Europea y la República de la India para la conclusión de un acuerdo de libre comercio – Denegación de acceso – Excepción relativa a la protección del interés público en materia de relaciones internacionales – Documentos que han entrado en el dominio público – Renuncia a una limitación de la difusión de los documentos.
Ayudas	10/04/13	T-671/11	IPK International c. Comisión	Ayuda para la financiación de un proyecto de turismo ecológico – Reembolso de los importes recuperados – Decisión adoptada a raíz de la anulación por el Tribunal General de una decisión anterior relativa a la supresión de la ayuda – Intereses compensatorios – Intereses de demora – Cálculo.
Ayudas	18/06/13	T-509/09	Portugal c. Comisión	Pesca – Participación financiera en la aplicación de los regímenes de control y vigilancia – Decisión de no reembolsar los gastos efectuados con motivo de la adquisición de dos buques patrulla oceánicos – Artículo 296 CE – Directiva 93/36/CEE – Confianza legítima – Obligación de motivación.
Ayudas de	15/01/13	T-182/10	Aiscat c.	Concesión directa de las obras de



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Estado			Comisión	construcción y de la gestión posterior de un tramo de autopista – Decisión de archivar la denuncia – Recurso de anulación – Acto recurrible – Legitimación – Afectación individual – Admisibilidad – Concepto de ayuda – Fondos estatales.
Ayudas de Estado	15/01/13	T-54/11	España c. Comisión	FEDER – Reducción de una ayuda financiera – Ayuda al Programa Operativo del Objetivo nº 1 (2000-2006), relativo a la región de Andalucía – Artículo 39, apartado 3, letra b), del Reglamento (CE) nº 1260/1999 – Plazo de tres meses – Directiva 93/36/CEE – Procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación.
Ayudas de Estado	22/01/13	T-308/00	Salzgitter c. Comisión	Siderurgia – Incentivos fiscales destinados a contribuir al desarrollo de las zonas fronterizas con la antigua RDA y con la antigua República de Checoslovaquia – Ayudas que no han sido notificadas – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común – Recuperación – Retraso – Seguridad jurídica – Cálculo de las ayudas que deben devolverse – Ayudas comprendidas en el ámbito de aplicación del Tratado CECA – Inversiones destinadas a la protección del medio ambiente – Tipo de actualización.
Ayudas de Estado	22/01/13	T-46/09	Grecia c. Comisión	FEOGA – Sección de Garantía – Gastos excluidos de la financiación – Transformación de cítricos, algodón, carne de vacuno y aceite de oliva – Auditoría financiera – Controles fundamentales – Proporcionalidad – Reincidencia – Obligación de motivación.
Contratos públicos	29/01/13	T-339/10	Cosepuri c. EFSA	Procedimiento de licitación – Servicio de lanzadera en Italia y en Europa – Rechazo de la oferta de un licitador – Decisión de adjudicar el contrato a otro licitador – Responsabilidad extracontractual – Acceso a los documentos – Reglamento (CE) nº 1049/2001 – Oferta del licitador seleccionado – Denegación de acceso – Excepción relativa a la protección de los intereses comerciales de un tercero.



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Contratos públicos	20/03/13	T-415/10	Nexans France c. Empresa Común Fusion for Energy	Contratos públicos de suministro – Euratom – Procedimiento de licitación de la Empresa Común Fusion for Energy – Suministro de material eléctrico – Rechazo de la oferta de un licitador – Procedimiento abierto – Oferta formulada con reservas – Seguridad jurídica – Confianza legítima – Proporcionalidad – Conflicto de intereses – Decisión de adjudicación – Recurso de anulación – Falta de afectación directa – Inadmisibilidad – Responsabilidad extracontractual.
Dietas de los diputados del Parlamento Europeo	13/03/13	T-229/11	Inglewood y otros c. Parlamento	Reglamentación relativa a los gastos y las dietas de los diputados del Parlamento Europeo – Régimen de pensión complementaria – Resoluciones por las que se deniegan las solicitudes de acogerse a las disposiciones vigentes antes de la modificación del régimen de pensión complementaria en 2009 – Excepción de ilegalidad – Derechos adquiridos – Confianza legítima – Proporcionalidad – Igualdad de trato.
Fondo de Cohesión	29/05/13	T-384/10	España c. Comisión	Reglamento (CE) nº 1164/94 – Proyectos relativos al abastecimiento de agua a poblaciones ubicadas en la cuenca hidrográfica del río Guadiana en la comarca de Andévalo, al saneamiento y depuración en la cuenca del Guadalquivir y al abastecimiento de agua a sistemas supramunicipales de las provincias de Granada y Málaga – Supresión parcial de la ayuda financiera – Contratos públicos de obras y servicios – Concepto de obra – Fraccionamiento de los contratos – Determinación de las correcciones financieras – Artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento nº 1164/94 – Proporcionalidad.
Fondo de Cohesión	11/07/13	T-358/08	España c. Comisión	Fondo de Cohesión – Reglamento (CE) nº 1164/94 – Proyecto de saneamiento de Zaragoza – Supresión parcial de la ayuda financiera – Contratos públicos – Concepto de obra – Artículo 14, apartados 10 y 13, de



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

la Directiva 93/38/CEE – División de los contratos – Confianza legítima – Obligación de motivación – Plazo de adopción de una decisión – Determinación de las correcciones financieras – Artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento nº 1164/94 – Proporcionalidad – Prescripción.

Función pública	09/07/13	T-234/11	Arango Jaramillo y otros c. BEI	Recurso de casación – Personal del BEI – Reexamen de la sentencia del Tribunal General – Declaración de inadmisibilidad del recurso en primera instancia – Pensiones – Incremento de la cotización al régimen de pensiones – Plazo para recurrir – Plazo razonable.
Marca y propiedad intelectual e industrial	15/01/13	T-237/11	Lidl Stiftung c. OHMI - Lactimilk (BELLRAM)	Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa BELLRAM – Marcas anteriores denominativas y gráficas nacionales RAM y Ram – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 207/2009 – Derecho a ser oído – Artículos 63, apartado 2, 75 y 76 del Reglamento nº 207/2009 – Plazos del procedimiento de oposición.
Marca y propiedad intelectual e industrial	15/01/13	T-625/11	BSH/OAMI (ecoDoor)	Solicitud de marca comunitaria denominativa ecoDoor – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) nº 207/2009.
Marca y propiedad intelectual e industrial	22/01/13	T-225/06	Budějovický Budvar/OHMI - Anheuser-Busch (BUD)	Procedimiento de oposición – Solicitudes de marcas comunitarias denominativa y figurativa BUD – Denominaciones “bud” – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) nº 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) nº 207/2009].
Marca y propiedad intelectual e industrial	20/02/13	T-378/11	Langguth Erben c. OAMI (MEDINET)	Solicitud de marca comunitaria figurativa MEDINET – Marcas nacional e internacional figurativas anteriores MEDINET – Reivindicación de la antigüedad de las marcas nacional e internacional anteriores –



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

industrial				Marcas anteriores en color y marca comunitaria solicitada que no designa ningún color en particular – Falta de identidad entre los signos – Artículo 34 del Reglamento (CE) nº 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento nº 207/2009 – Utilidad de recurrir al procedimiento oral – Artículo 77 del Reglamento nº 207/2009.
Marca y propiedad intelectual e industrial	20/03/13	T-571/11	El Corte Inglés/OHMI - Chez Gerard (CLUB GOURMET)	Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa CLUB GOURMET – Marca nacional figurativa anterior CLUB DEL GOURMET, EN... El Corte Inglés – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 207/2009 – Alegaciones y pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal General.
Marca y propiedad intelectual e industrial	17/04/13	T-383/10	Continental Bulldog Club Deutschland/OAMI (CONTINENTAL)	Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa CONTINENTAL – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) nº 207/2009.
Marca y propiedad intelectual e industrial	07/05/13	T-579/10	macros consult/OHMI - MIP Metro (makro)	Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa makro – Denominación social macros consult GmbH – Derecho adquirido con anterioridad a la solicitud de registro de una marca comunitaria y que confiere a su titular el derecho de prohibir la utilización de la marca comunitaria solicitada – Signos no registrados que gozan de protección en Derecho alemán – Artículo 5 de la Markengesetz – Artículo 8, apartado 4, artículo 53, apartado 1, letra c), y artículo 65 del Reglamento (CE) nº 207/2009.
Marca y propiedad intelectual e industrial	14/05/13	T-244/12	Unister/OAMI (fluege.de)	Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa fluege.de – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartados 1, letras b) y c), 2 y 3, del Reglamento (CE) nº 207/2009.
Marca y propiedad	14/05/13	T-249/11	Sanco/OHMI - Marsalman	Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

intelectual e industrial			(Représentation d'un poulet)	figurativa que representa un pollo – Marca nacional figurativa anterior que representa un pollo – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 207/2009.
Marca y propiedad intelectual e industrial	30/05/13	T-396/11	ultra air c. OHMI - Donaldson Filtration Deutschland (ultrafilter international)	Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa ultrafilter internacional – Motivo de denegación absoluto – Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) nº 207/2009 – Abuso de derecho.
Marca y propiedad intelectual e industrial	04/06/13	T-514/11	i-content/OHMI - Decathlon (BETWIN)	Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa BETWIN – Marca comunitaria gráfica anterior b'Twin – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 207/2009.
Marca y propiedad intelectual e industrial	06/06/13	T-68/11	Kastenholz/OHMI - Qwatchme (Cadrans de montre)	Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario que representa esferas de reloj de pulsera – Dibujos o modelos anteriores no registrados – Causa de nulidad – Novedad – Artículos 4, 5 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 6/2002 – Carácter singular – Impresión general distinta – Artículos 4, 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 6/2002 – Derecho de autor anterior – Artículo 25, apartado 1, letra f), del Reglamento nº 6/2002.
Marca y propiedad intelectual e industrial	03/07/13	T-236/12	Airbus c. OAMI (NEO)	Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa NEO – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 207/2009 – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 207/2009 – Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso – Examen sobre el fondo supeditado a la admisibilidad del recurso – Artículos 59 y 64, apartado 1, del Reglamento nº 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

				nº 207/2009 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 76 del Reglamento nº 207/2009.
Marca y propiedad intelectual e industrial	10/07/13	T-3/12	Kreyenberg c. OHMI - Commission (MEMBER OF €e euro experts)	Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa MEMBER OF €e euro experts – Motivo de denegación absoluto – Emblemas de la Unión y de sus ámbitos de actuación – Símbolo del euro – Artículo 7, apartado 1, letra i), del Reglamento (CE) nº 207/2009.
Marca y propiedad intelectual e industrial	11/07/13	T-321/10	SA.PAR. c. OHMI - Salini Costruttori (GRUPPO SALINI)	Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa GRUPPO SALINI – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 207/2009.
Mercado común	17/02/13	T-84/07	EuroChem MCC c. Consejo	Dumping – Importaciones de soluciones de urea y nitrato de amonio originarias de Rusia – Solicitud de reconsideración por expiración de las medidas – Solicitud de reconsideración provisional – Admisibilidad – Valor normal – Precio de exportación – Artículos 1, 2 y 11, apartados 1 a 3, del Reglamento (CE) nº 384/96 [actualmente artículos 1, 2 y 11, apartados 1 a 3, del Reglamento (CE) nº 1225/2009].
Mercado común	14/03/13	T-587/08	Fresh Del Monte Produce, Inc. c. Comisión	Competencia - Prácticas colusorias - Mercado del plátano - Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE - Sistema de intercambio de información - Definición de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia - Relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de las empresas en el mercado - Delito único - Imputación de la infracción - Derecho de defensa - Multas - Gravedad de la infracción - Cooperación - Circunstancias atenuantes.
Mercado común	14/03/13	T-588/08	Dole Food y Dole Germany c. Comisión	Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del plátano – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Concepto de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia – Sistema de intercambio de información – Obligación de motivación – Derecho de defensa – Directrices para el



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

				cálculo del importe de las multas – Gravedad de la infracción.
Mercado común	12/04/13	T-401/08	Säveltäjän Tekijänoikeus toimisto Teosto c. Comisión	Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE– Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia.
Mercado común	12/04/13	T-442/08	CISAC c. Comisión	Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia».
Mercado común	30/04/13	T-304/11	Alumina c. Consejo	Dumping – Importaciones de zeolita A en forma de polvo originaria de Bosnia y Herzegovina – Valor normal – Carácter representativo de las ventas nacionales – Margen de beneficio – Operaciones comerciales normales.
Mercado común	17/05/13	T-146/09	Parker ITR y Parker-Hannifin c. Comisión	Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de las mangueras marinas – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Fijación de los precios, reparto del mercado e intercambios de informaciones comercialmente sensibles – Imputabilidad del comportamiento infractor – Multas – Directrices de 2006 para el cálculo de las multas– Confianza legítima – Límite máximo del 10 % – Circunstancias atenuantes – Cooperación.
Mercado	17/05/13	T-147/09	Trelleborg Industrie c.	Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de las mangueras marinas



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

común			Comisión	– Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Fijación de los precios, reparto del mercado e intercambios de informaciones comercialmente sensibles – Concepto de infracción continua o continuada – Prescripción – Seguridad jurídica – Igualdad de trato – Multas – Gravedad y duración de la infracción.
Mercado común	17/05/13	T-154/09	MRI c. Comisión	Competencia – Carteles – Mercado europeo de las mangueras marinas – Decisión declarativa de una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Fijación de los precios, reparto del mercado e intercambios de informaciones comercialmente sensibles – Concepto de infracción continua o continuada – Prescripción – Obligación de motivación – Igualdad de trato – Confianza legítima – Multas – Gravedad y duración de la infracción – Circunstancias atenuantes – Cooperación.
Mercado común	18/06/13	T-404/08	Fluorsid y Minmet c. Comisión	Competencia – Prácticas colusorias – Mercado mundial del fluoruro de aluminio – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Recurso de anulación – Plazo de recurso – Extemporaneidad – Inadmisibilidad – Fijación de precios y reparto de mercados – Prueba de la infracción – Derecho de defensa – Definición del mercado de referencia – Multas – Gravedad de la infracción – Directrices de 2006 para el cálculo de las multas.
Mercado común	18/06/13	T-406/08	Industries chimiques du fluor (ICF) c. Comisión	Competencia - Prácticas colusorias - Mercado Global de fluoruro de aluminio - Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE y al artículo 53 del Acuerdo EEE - Fijación de precios y reparto de mercados - Prueba de la infracción - Derecho de defensa - Concordancia entre el pliego de cargos y la decisión impugnada - Multas – Líneas directrices de 2006 para el cálculo de multas - Acuerdo euro-mediterráneo.
Mercado	11/07/13	T-469/07	Philips Lighting	Dumping – Importaciones de lámparas fluorescentes compactas electrónicas



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

común			Poland y Philips Lighting c. Consejo	integradas (CFL-i) originarias de China, Vietnam, Pakistán y Filipinas – Expiración de medidas antidumping – Reconsideración – Artículo 4, apartado 1, artículo 5, apartado 4, y artículo 9, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 384/96 [actualmente artículo 4, apartado 1, artículo 5, apartado 4, y artículo 9, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 1225/2009] – Concepto de industria de la Comunidad – Determinación del perjuicio – Obligación de motivación.
Política Agraria Común (PAC)	30/05/13	T-454/10	Anicav c. Comisión	Agricultura – Organización común de mercados – Ayudas en el sector de las frutas y hortalizas – Recurso de anulación – Afectación directa – Admisibilidad – Frutas y hortalizas transformadas – Fondos operativos y programas operativos – Financiación de actividades que no están “auténticamente relacionadas con la transformación”.
Política Agraria Común (PAC)	06/06/13	T-279/11	T & L Sugars y Sidul Açúcares/Comisión	Agricultura – Medidas excepcionales en lo que atañe a la venta en el mercado de la Unión de azúcar producido al margen de las cuotas y mediante las que se abre un contingente arancelario – Recurso de anulación – Acto reglamentario que incluye medidas de ejecución – Inexistencia de afectación individual – Inadmisibilidad – Recurso de indemnización.
Política Agraria Común (PAC)	07/06/13	T-2/11	Portugal c. Comisión	FEOGA – Sección de Garantía – FEAGA y FEADER – Gastos excluidos de la financiación – Gastos realizados en el marco de la medida POSEI (ejercicios 2005, 2006 y 2007).
Política Agraria Común (PAC)	07/06/13	T-267/07	Italia c. Comisión	FEOGA – Sección de Garantía – Liquidación de cuentas – Gastos excluidos de la financiación comunitaria – Retraso excesivo en la evaluación por la Comisión de las comunicaciones remitidas en virtud del artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 595/91 – Artículo 32, apartado 5, del Reglamento (CE) nº 1290/2005 – Obligación de motivación – Plazo razonable.



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)	29/01/13	T-496/10	Bank Mellat c. Consejo	Medidas restrictivas adoptadas contra Irán a fin de impedir la proliferación nuclear – Congelación de fondos – Obligación de motivación – Derecho de defensa – Derecho a una tutela judicial efectiva – Error manifiesto de apreciación.
Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)	05/02/13	T-494/10	Bank Saderat Iran c. Consejo	Medidas restrictivas adoptadas contra Irán a fin de impedir la proliferación nuclear – Congelación de fondos – Obligación de motivación – Derecho de defensa – Derecho a una tutela judicial efectiva – Error manifiesto de apreciación.
Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)	20/02/13	T-492/10	Melli Bank c. Consejo	Medidas restrictivas adoptadas contra Irán a fin de impedir la proliferación nuclear – Congelación de fondos – Entidad propiedad al 100 % de una entidad que se considera que ha participado en la proliferación nuclear – Excepción de ilegalidad – Obligación de motivación – Derecho de defensa – Derecho a una tutela judicial efectiva.
Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)	28/05/13	T-187/11	Trabelsi y otros c. Consejo	Medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Túnez – Inmovilización de fondos – Artículo 17, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Recurso de indemnización – Artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General – Inadmisibilidad.
Privilegios e inmunidades	17/01/13	T-346/11	Bruno Gollnisch c. Parlamento Europeo	Miembro del Parlamento Europeo - Decisión de suspender la inmunidad - Actividad no relacionada con las funciones parlamentarias - Procedimiento para levantar la inmunidad - Decisión de no defender los privilegios e inmunidades - Pérdida de interés en la legitimación.
Protección de la salud	04/07/13	T-301/12	Laboratoires CTRS c. Comisión	Medicamentos para uso humano – Solicitud de autorización de comercialización del medicamento Orphacol – Decisión denegatoria de la Comisión – Reglamento (CE) nº 726/2004 – Directiva 2001/83/CE – Uso médico bien establecido –



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Circunstancias excepcionales.

Protección del medio ambiente	07/03/13	T-370/11	Polonia c. Comisión	Directiva 2003/87/CE – Régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero – Normas transitorias para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión a partir del 2013 – Parámetros de referencia que han de aplicarse para el cálculo de la asignación de derechos de emisión – Igualdad de trato – Proporcionalidad.
Protección del medio ambiente	07/03/13	T-93/10	Bilbaína de Alquitranes y otros c. ECHA	REACH – Identificación de la brea de alquitrán de hulla a alta temperatura como sustancia extremadamente preocupante – Recurso de anulación – Acto recurrible – Acto reglamentario que no incluye medidas de ejecución – Afectación directa – Admisibilidad – Igualdad de trato – Proporcionalidad.
Protección del medio ambiente	07/03/13	T-94/10	Rütgers Germany y otros c. ECHA	REACH – Identificación del aceite de antraceno como sustancia extremadamente preocupante – Recurso de anulación – Acto recurrible – Acto reglamentario que no incluye medidas de ejecución – Afectación directa – Admisibilidad – Igualdad de trato – Proporcionalidad.
Protección del medio ambiente	07/03/13	T-95/10	Cindu Chemicals y otros c. ECHA	REACH – Identificación del aceite de antraceno con bajo contenido en antraceno como sustancia extremadamente preocupante – Recurso de anulación – Acto recurrible – Acto reglamentario que no incluye medidas de ejecución – Afectación directa – Admisibilidad – Igualdad de trato – Proporcionalidad.
Protección del medio ambiente	07/03/13	T-96/10	Rütgers Germany y otros c. ECHA	REACH – Identificación del aceite de antraceno (pasta de antraceno) como sustancia extremadamente preocupante – Recurso de anulación – Acto recurrible – Acto reglamentario que no incluye medidas de ejecución – Afectación directa – Admisibilidad – Igualdad de trato – Proporcionalidad.
Protección del medio ambiente	25/04/13	T-526/10	Inuit Tapiriit Kanatami y otros c.	Comercio de los productos derivados de la foca – Reglamento (CE) nº 1007/2009 – Disposiciones específicas de aplicación – Reglamento (UE) nº 737/2010 – Prohibición



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

ambiente			Comisión	de comercialización de dichos productos – Excepción en beneficio de las comunidades inuit – Excepción de ilegalidad – Base jurídica – Subsidiariedad – Proporcionalidad – Desviación de poder.
Unión aduanera	19/03/13	T-324/10	Firma Van Parys c. Comisión	Importación de plátanos procedentes de Ecuador – Recaudación a posteriori de derechos de importación – Solicitud de condonación de derechos de importación – Artículo 220, apartado 2, letra b), y artículo 239 del Reglamento (CEE) nº 2913/92 – Error de las autoridades aduaneras – Negligencia manifiesta del interesado.
Unión aduanera	05/06/13	T-65/11	Recombined Dairy System/Comisión	Importación de concentrados de lactoglobulina procedentes de Nueva Zelanda – Recaudación a posteriori de derechos de importación – Solicitud de condonación de derechos de importación – Artículo 220, apartado 2, letra b), y artículo 236 del Reglamento (CEE) nº 2913/92.



Tribunal de la Función Pública

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

TABLA DE CONTENIDOS

Voces ordenadas alfabéticamente

Agente contratado	Pensión de invalidez
Agente temporal	Retribución
Bullying	Salario
Concurso general	Sanción disciplinaria
Concurso interno	Seguridad social
Discriminación por razón de sexo	
Funcionarios	



Tribunal de la Función Pública

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

VOZ	FECHA	Nr. CASO	PARTES	ÍNDICE ANALÍTICO
Agente contratado	26/02/13	F-74/11	Aleksandra Bojc Golob c. Comisión	Contrato de duración indeterminada – Rescisión.
Agente temporal	06/03/13	F-41/12	Scheefer C. Parlamento Europeo	Resolución de un contrato de agente temporal por tiempo indefinido – Motivo legítimo.
Agente temporal	30/01/13	F-87/11	Kari Wahlström c. Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (Frontex).	No renovación de un contrato de duración determinada - Artículo 8 del RAA - Procedimiento – Violación de formas sustanciales – Competencia.
Agente temporal	19/03/13	F-13/12	BR c. Comisión	No renovación de un contrato.
Agente temporal	12/06/13	F-5/12	Slawomir Bogusz c. Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (Frontex).	Función Pública - Personal Frontex – Modificación de las condiciones de la pasantía en virtud del artículo 14 del RAA - Despido al término del período de prueba - Establecimiento de objetivos
Agente	19/06/13	F-40/12	CF c. Agencia Europea de Seguridad Aérea	Función Pública - Antiguos agentes temporales – Contrato de duración determinada - Despido a causa de



Tribunal de la Función Pública

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

temporal			(AESA).	enfermedad - Artículo 16 del RAA - Artículo 48 b), del RAA – Prejuicio.
Agente temporal	19/06/13	F-81/11	BY c. Agencia Europea de Seguridad Aérea (AESA).	Personal de la AESA - Admisibilidad del recurso - Plazos - Informe de evaluación negativa - Cambio de destino - Bullying – Uso indebido del poder.
Agente temporal	26/06/13	F-135/11	BU c. Agencia Europea de Medicamentos (EMA)	Función Pública - No renovación de un contrato de duración determinada - Acto lesivo - Solicitud con arreglo al artículo 90, apartado 1, del Estatuto - Solicitud de recalificación de un contrato - Plazo razonable - Artículo 8 del RAA - Deber de diligencia.
Agente temporal	26/06/13	F-56/12	Willy Buschak c. Comisión	Función Pública - Agentes temporales - Desempleo - Contribución al régimen de pensiones – Denuncia.
Bullying	19/06/13	F-8/12	BY c. Agencia Europea de Seguridad Aérea (AESA).	Personal de la AESA - Separación por insuficiencia profesional - Deber de diligencia - Acoso - Enfermedad - Daños y perjuicios.
Bullying	26/02/13	F-124/10	Vassiliki Labiri c. Comité Económico y Social Europeo (CESE)	Deber de asistencia - Artículo 12 bis del Estatuto – Acoso moral - Expediente administrativo.
Bullying	11/07/13	F-46/11	Marie Tzirani c. Comisión Europea	Función Pública - Acoso moral - Definición de acoso - Solicitud de asistencia - Investigación administrativa que implica acusaciones de acoso - Decisión de concluir la investigación administrativa sin resultado - Tiempo razonable para completar una investigación administrativa - Obligación de motivar la resolución que ponga fin a la investigación administrativa – Alcance.
Concurso general	28/02/13	F-51/11	Dimitrios Pachitis c. Comisión	Anulación de la decisión de no admitir a un candidato a la siguiente fase de un concurso - Ejecución de una sentencia - Decisión de reabrir el procedimiento de concurso y de invitar al candidato excluido ilegalmente a revisar los test de de acceso.



Tribunal de la Función Pública

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Concurso general	13/03/13	F-125/11	Mendes c. Comisión	No admisión a las pruebas de evaluación – Deber de la administración de interpretar las reclamaciones con espíritu abierto – Modificación de la convocatoria después de la celebración de los test de acceso – Principio de confianza legítima – Seguridad jurídica.
Concurso general	21/03/13	F-93/11	Jamal Taghani c. Comisión	Decisión del tribunal calificador de no admisión a las pruebas de evaluación - Recurso de reconsideración - Recurso jurisdiccional interpuesto sin esperar a la decisión sobre la reclamación - Admisibilidad - Cambio de la convocatoria del concurso después de la modificación de los test de acceso - Principio de protección de la confianza legítima - Seguridad jurídica.
Concurso general	21/03/13	F-94/11	Markus Brune c. Comisión	Anulación de una decisión de no inclusión en la lista de reserva - Ejecución de la cosa juzgada - Principio de legalidad - Excepción de ilegalidad en contra de la decisión de reabrir el procedimiento de concurso.
Concurso general	24/04/13	F-73/11	CB c. Comisión	Funcionarios – Llamado de concurso EPSO/AD/181/10 - No admisión a participar en las pruebas de evaluación.
Concurso general	24/04/13	F-88/11	BX c. Comisión	Función pública - Competencia - Concurso EPSO/AD/148/09 - No inscripción en la lista de reserva.
Concurso general	24/04/13	F-96/12	Laurent Demeneix c. Comisión	Función pública - No inscripción en la lista de reserva - Condiciones relativas a la experiencia profesional - Alcance del poder de apreciación.
Concurso general	26/06/13	F-116/11	Annalisa Vacca c. Comisión	Funcionarios – Llamado a concurso EPSO/AD/207/11 - No admisión a las pruebas de evaluación – Test de acceso - Información para los candidatos.
Concurso general	11/07/13	F-9/12	CC c. Parlamento Europeo	Función pública - Recurso de indemnización - Responsabilidad extracontractual - Faltas cometidas en la gestión de la lista de reserva - Ejecución de una sentencia - Cumplimiento de Requisitos de Documentos Pérdida de oportunidad.
Concurso interno	23/01/13	F-24/11	Nicolas Katrakasas c. Comisión	COM/INT/OLAF/09/AD 8 y COM/INT/OLAF/09/AD 10- Lucha contra el fraude - Revisión de la decisión de admisión para tomar la prueba oral - Nuevo examen -



Tribunal de la Función Pública

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

				Excepción de ilegalidad de la convocatoria del concurso - Condiciones de diplomas y experiencia profesional - Regla de anonimato - Violación del artículo 31 del Estatuto - Desviación de poder - Tema de la prueba escrita favoreciendo una categoría de candidatos - Comportamiento de un miembro del jurado durante la prueba oral.
Discriminación por razón de sexo	11/07/13	F-86/12	Daria Haupt-Lizer c. Comisión	Función pública - Concurso general EPSO/AD/60/06 - Prórroga de la validez de la lista de reserva a causa de una baja por maternidad y paternidad - Principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.
Funcionarios	30/01/13	F-20/06	Patrizia De Luca c. Comisión	Funcionario que accede a un grupo de función superior por concurso público - Candidato inscripto en una lista de reserva antes de la entrada en vigor del nuevo Estatuto - Reglas transitorias sobre la clasificación en grado en la contratación - Clasificación en grado con arreglo a las nuevas normas - Artículo 12, párrafo 3, del anexo XIII del personal "
Funcionarios	13/03/13	F-91/10	AK c. Comisión	Artículo 43, párrafo primero, del Estatuto - Elaboración fuera de plazo de informes de evolución de carrera - Daño moral - Pérdida de una oportunidad de promoción.
Funcionarios	19/06/13	F-89/11	Charles Dieter Goetz c. Comité de las Regiones de la Unión Europea	Función pública - Responsabilidad extracontractual - Recurso de indemnización - Admisibilidad - Investigación de la OLAF - Procedimiento administrativo - Procedimiento disciplinario ante el Consejo de Disciplina - Obligación de la administración de actuar con diligencia - Duración de los procedimientos disciplinarios.
Funcionarios	26/06/13	F-106/11	BM c. Banco Central Europeo (BCE)	Función pública - Personal del BCE - Procedimiento disciplinario - Acción Disciplinaria.
Funcionarios	26/06/13	F-12/12	Rita Di Prospero c. Comisión	Nombramiento - Éxito en un concurso después de la invitación al solicitante para competir en vista de la ejecución de una sentencia - Nombramiento en grado retroactivo.



Tribunal de la Función Pública

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Funcionarios	26/06/13	F-21/12	Mohammed Achab c. Comité Económico y Social Europeo (CESE).	Función pública - Remuneración - Indemnización por expatriación - Condiciones previstas en el artículo 4, apartado 1, letras a) y b) del anexo VII del Estatuto - Recuperación de los pagos en exceso.
Funcionarios	26/06/13	F-78/11	BM c. Banco Central Europeo (BCE)	Función pública - Personal del BCE - Extensión retroactiva del período de prueba - Decisión de suspender el contrato durante el período de prueba - Procedimiento disciplinario.
Funcionarios	11/07/13	F-111/10	AN c. Comisión	Función pública - Derechos y obligaciones de los funcionarios - Hechos de los que se pueden presumir una posible actividad ilegal perjudicial para los intereses de la Unión - Obligación del funcionario para informar a sus superiores o a la OLAF - Solicitud de protección en virtud del artículo 22 bis, apartado 3, del Estatuto - Acoso moral.
Pensión de invalidez	07/05/13	F-86/11	Robert McCoy c. Comité de las Regiones de la Unión Europea	Función pública - Funcionarios - Artículo 78, párrafo quinto, del Estatuto - Negativa a reconocer el origen profesional de la discapacidad.
Retribución	19/03/13	F-10/12	José Joaquín Infante García-Consuegra c. Comisión	Viáticos - Mutación - Concesión de una cantidad diaria - Propietario oficial de una vivienda situada en el nuevo lugar de servicio - Acreditación de haber utilizado los gastos ocasionados por la instalación temporal en el nuevo lugar de asignación.
Retribución	21/03/13	F-111/11	Chris van der Aat y otros c. Comisión	Ajuste anual de las retribuciones y pensiones de los funcionarios y otros agentes - Artículos 64, 65 y 65 bis del Estatuto - Anexo XI del Estatuto - Reglamento (UE) n ^o 1239/2010 - Coeficientes correctores - funcionarios destinados en Ispra.
Retribución	21/03/13	F-112/11	Dalmasso c. Comisión	Adaptación anual de las retribuciones y las pensiones de los funcionarios y otros agentes - Artículos 64, 65 y 65 bis del Estatuto - Anexo XI del Estatuto - Reglamento (UE) n ^o 1239/2010 - Coeficientes correctores - Funcionarios destinados en Ispra.



Tribunal de la Función Pública

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Enero 2013 - Julio 2013

Salario	05/02/13	F-25/12	Paul-Henri Preset c. Comisión	Remuneración - Indemnización diaria - Requisitos para su concesión.
Sanción disciplinaria	24/04/13	F-56/11	Giorgio Lebedef c. Comisión	Funcionarios - Procedimiento disciplinario - Descenso de categoría.
Seguridad Social	15/01/13	F-27/11	BO c. Comisión	Asunción de los costos de transporte relacionados con la atención médica – Gastos de envío por razones lingüísticas.
Seguridad social	16/05/13	F- 104/10	de Pretis Cagnodo y Trampuz de Pretis Cagnodo c. Comisión	Función pública – Enfermedad grave – Concepto – Hospitalización – Asunción de gastos – Pago directo por el despacho de liquidaciones – Inexistencia de límites máximos en las DGA para los gastos de alojamiento – Obligación de informar previamente al afiliado en caso de facturación excesiva.