

“Papel de los jueces en la aplicación de los derechos de origen transnacional”

Por Roberto Cippitani

Catedrático Jean Monnet, Investigador de Derecho privado, Università degli Studi di Perugia.



1. Los jueces y la aplicación del derecho internacional

Los jueces, incluso los nacionales, desempeñan un papel muy importante en la aplicación del derecho transnacional.

Desde el punto de vista del derecho internacional tradicional, que regla principalmente las relaciones entre Estados¹, los jueces no aplican directamente las normas establecidas por los tratados, sino reglas internas.

Las normas internas son aplicables no sólo a los ciudadanos, sino también a los extranjeros en las relaciones sujetas a la legislación interna del Estado de acogida.

Aunque la relación jurídica interese a los extranjeros y tenga una conexión dos o más sistemas jurídicos, el juez aplica el denominado «derecho internacional privado», es decir, un conjunto de criterios nacionales para la resolución de los posibles conflictos entre las normas.

El derecho internacional es una especie de «derecho de coordinación»² entre los Estados, que establece las competencias respectivas y las obligaciones mutuas, pero deja el cumplimiento de esas obligaciones a la voluntad de las partes. Pero son las disposiciones nacionales las que otorgan eficacia jurídica a la norma internacional en el derecho interno, como sucede con algunas normas constitucionales³.

Esta situación no admite excepción alguna, ni siquiera en el caso de las normas internacionales que se definen como «self-executing», ni tampoco las que se consideran pertenecientes al «*ius cogens*»⁴.

Tanto las disposiciones de aplicación directa, como el «*ius cogens*» afectan principalmente las relaciones entre los Estados y no serían directamente aplicables en el derecho nacional si los Estados no estuvieran de acuerdo.

Sin duda, los tribunales internacionales apoyan la aplicación del derecho internacional, lo que puede servir para

1. Véase, por ejemplo, la definición de CONFORTI, B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, p. 3 y sigs. y la de ROSSEAU, C., *Derecho internacional público*, Ariel, Barcelona, 1966, p. 1 y sigs.

2. PIZZOLO, C., *Derecho e integración regional*, Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 5.

3. Véase el artículo 10 de la Constitución Italiana de 1948, que establece que el ordenamiento jurídico italiano tiene que conformarse con las reglas de derecho internacional generalmente reconocidas, incluyendo así también las normas consuetudinarias. El preámbulo de la Constitución francesa de 27 de octubre 1946 establece que «*La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international*». En la Ley Fundamental alemana se establece que las normas generales del derecho internacional forman parte integrante del Derecho federal (véase el artículo 25).

4. La norma que pertenece al *ius cogens*, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena, se podría definir como la «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

establecer o aclarar el sentido de las disposiciones internacionales⁵.

Sin embargo, la actividad de estos tribunales tiene varios problemas. En particular, normalmente los particulares no pueden recurrir a dichos tribunales o tienen que pasar a través de un filtro controlado por los Estados⁶.

Además, incluso en presencia de los tribunales internacionales, el incumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho internacional puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado, no a la aplicación directa en el derecho interno⁷.

La situación se ha modificado después de la segunda mitad del siglo XX cuando, junto con la constitucionalización de los derechos de la persona, se produjo el fenómeno jurídico de la «internacionalización de los derechos». En esa época, se afirmó la idea de que una protección efectiva de los derechos humanos sólo puede ser lograda a nivel internacional⁸. Por lo tanto, durante las últimas décadas, la protección de los derechos de las personas no es sólo un problema confinado dentro de las fronteras nacionales, sino que tiene que ser abordado desde el punto de vista de un «constitucionalismo mundial»⁹ o un «constitucionalismo multinivel», como necesaria evolución de las constituciones nacionales¹⁰. Junto con el establecimiento de las organizaciones y tratados internacionales vinculados al tema económico, los Estados han estipulado acuerdos internacionales relacionados con el reconocimiento y la salvaguardia de los derechos de los seres humanos.

No obstante, este tipo de protección no es absolutamente nueva¹¹, lo que es típico de nuestra época es el enorme desarrollo de los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. Estos instrumentos pueden ser implementados en un contexto donde el derecho interna-

cional se caracteriza por una tendencia a la «legalización» de las relaciones transnacionales¹², debido, sobre todo, al crecimiento de la importancia de las instituciones internacionales¹³.

En este ámbito, cabe destacar en particular el rol de la Organización de las Naciones Unidas, que en su Carta de 1945 y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 1948 establece el marco jurídico universal para la protección de los derechos de la persona¹⁴, que constituye el ejemplo más importante del *jus cogens*.

Según Luigi Ferrajoli, dichos instrumentos internacionales representan la transición desde una norma internacional basada en las relaciones bilaterales entre los Estados, hasta un sistema jurídico internacional verdadero¹⁵, en el cual no sólo los Estados, sino también las personas se convierten en sujetos.

Hoy en día, en general se acepta que esas fuentes de derecho internacional, su aplicación e interpretación, identifiquen un «*corpus iuris* de los derechos humanos» que interactúe con los sistemas jurídicos nacionales y esté protegido por el principio de la responsabilidad internacional de los Estados¹⁶. Varios sistemas jurídicos internos proporcionan un compromiso más fuerte con respecto a la aplicación del derecho internacional general en el ámbito de los derechos humanos. Este es el caso de la Constitución Española de 1978 (artículo 10.1), que establece que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y 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 ratificados por España»¹⁷.

Para ilustrar esto está el British Human Rights Act de 2000 que autoriza a los tribunales británicos para aplicar directamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

5. Véase GUZMAN, A.T., *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, ob.cit., p. 68; A. DANNER, *When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War*, *Vanderbilt Law Review*, 2006, 59, pp. 1-65.

7. PIZZOLO, C., *Derecho e integración regional*, ob.cit., p. 17, que hace referencia a la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales, como el asunto Alabama de 1872, Reino Unido contra EEUU, decidido por el Tribunal Arbitral establecido en Ginebra; véase también el caso Chorzów, Alemania contra Polonia, decidido por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional el 13 de septiembre de 1928.

8. El establecimiento de las organizaciones internacionales como instrumentos para lograr la paz se encuentra, por ejemplo, en BOBBIO, N., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1984.

9. Véase ESPINOSA DE LOS MONTEROS SÁNCHEZ, J.E., "Constitucionalismo global", *Diccionario Histórico Judicial de México, Ideas e Instituciones*, México, 2010, Tomo I, p. 236.

10. PERNICE, I., "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited", *Common Market Law Review*, 1999, 703 y sigs.; HÄBERLE, P., "Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale", *Dir. pubbl. comp.eur.*, 2002, 455 y sigs.; CARDONE, A., "Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)", *Enc.dir., Annali IV*, 2011.

11. J.L. Goldsmith y E.A. Posner (*The Limits of International Law*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 117) citan el ejemplo de la Paz de Westphalia (1648), que se ocupó de la libertad religiosa.

12. GOLDSTEIN, J., KAHLER, M., KEOHANE, R. O., SLAUGHTER, A. M., "Introduction: Legalization and World Politics", *International Organization*, 2000, Vol. 54, No. 3, *Legalization and World Politics*, pp. 385-399.

13. ABBOTT, K. W., SNIDAL, D., "Why States Act through Formal International Organizations", *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 42, No. 1, Feb., 1998, pp. 3-32.

14. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, V. M., "Estándares internacionales de derechos humanos", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob. cit.

15. FERRAJOLI, L., "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", CARBONELL, M., VÁZQUEZ, R., *Estado constitucional y globalización*, UNAM, Porrúa, México, 2001, pp. 313-318.

16. Véase O'DONNELL, D., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey, México, 2007, pp. 55-78; FAUNDES PEÑAFLIEL, J.J., "Corpus juris internacional de derechos humanos", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

17. Véase también el artículo 40.2 «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

En América Latina, muchas Constituciones establecen que el Estado tiene la obligación de respetar los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales (entre otros: México, Colombia, Guatemala, Chile, Ecuador, Nicaragua y Brasil)¹⁸. En literatura jurídica se muestra cómo la cuestión de los derechos humanos ha ido cambiando el enfoque del derecho internacional, al menos en lo que refiere a la interpretación jurídica.

Como se ha argumentado en el caso del principio «persona», el carácter «universal» de los derechos humanos es un instrumento hermenéutico fundamental, por lo que la interpretación será más extensa en el caso de las normas que reconocen un derecho humano y de manera más restrictiva en caso de aplicación de cualquier limitación a esos derechos¹⁹. Por lo tanto, la universalidad comporta que los tribunales nacionales deben aplicar el derecho interno de manera coherente con los instrumentos internacionales.

Debido a la importancia de la materia de los derechos humanos en las Constituciones modernas, es ampliamente aceptado que las normas internacionales y la interpretación dada por los tribunales internacionales permitan a los jueces nacionales la aplicación de *corpus iuris* internacional de los derechos humanos²⁰. También en los sistemas regionales intergubernamentales, como las Convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos, la doctrina sostiene la aplicación de la teoría de *Drittwirkung*²¹, según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales pueden utilizar los derechos fundamentales de origen internacional en las relaciones entre los individuos²². Tal como afirman Scott y Stephan, aunque el Derecho internacional sea «soft» porque no tiene un Leviatán en el sentido de Hobbes para sancionar el incumplimiento, los derechos humanos «allow private enforcement, employs independent tribunal and courts to do the enforcing, and empowers those tribunals and courts to wield the same array of tools that domestic courts traditionally use to compel compliance with their decisions.»

18. RUEDA AGUILAR, D., *El fortalecimiento del sistema regional de Protección de los Derechos Humanos en Latino América*, p. 11-12, www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_045.pdf.

19. SEPÚLVEDA IGUÍÑIZ, R., *Principio pro persona*, ALVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (COORD.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

20. SCOTT, R.E., STEPHAN, P.B., *The Limits of Leviathan*, ob.cit., hace referencia a la jurisprudencia de la Suprema Corte de EEUU, especialmente al caso *Sosa c. Alvarez-Machain* [542 U.S. 692 (2004)] que apoya la idea de que los tribunales federales estadounidenses pueden aplicar el derecho internacional; véase también *Medellin c. Dretke*, 544 U.S. 660(2005); *Roper c. Simmons* [543 U.S. 551 (2005)].

21. CASSETTI, L., "Il diritto di «vivere con dignità» nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani", *Federalismi.it*, n. 23/2010, p. 15 s.

22. Véase, por ejemplo SPIELMAN, D., *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Luxembourg, 1995. En Italia la literatura legal y la jurisprudencia afirman que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es directamente aplicable. Véase entre otros NUNIN, R., "Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano", *Riv. int. dir. uomo*, 3, 1991, p. 719 sigs. Por la jurisprudencia, vid. por ejemplo, *Corte di Cassazione*, 27 de mayo de 1975, no. 2129, *Gius. it.*, 1976, I, p. 970; Id. 2 de febrero de 2007, no. 2247, *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 1195.

Por lo tanto, el Derecho internacional así concebido tiene su Leviatán.

En otro orden de ideas, este tipo de enfoque interpretativo no conduce a la modificación o la no aplicación de la legislación interna, que sigue siendo la principal fuente legal que el juez tiene que aplicar, incluso en el campo de los derechos humanos. Según muchos estudiosos «*the domestic courts never truly apply international law, but rather pick and choose among potentially applicable rules in a manner dominated by domestic jurisprudential, political, and methodological considerations*»²³. En efecto, la ausencia de un organismo supranacional capaz de coordinar los tribunales internos apoya tal posición.

Con base en la misma forma, la «universalidad» del corpus de los derechos humanos significa que las normas internacionales deben ser consideradas como un compromiso mínimo aceptable.

La aplicación efectiva de esos derechos depende de la voluntad de los Estados, desde un enfoque puramente intergubernamental y las consecuencias de su violación no son habitualmente tan graves²⁴.

2. Los jueces regionales y los jueces nacionales

Las relaciones internacionales entre los Estados pueden establecer formas de colaboración permanente, como es el caso de las asociaciones entre las naciones que pertenecen a regiones específicas del mundo.

Para identificar este modelo de colaboración internacional, la doctrina jurídica utiliza la expresión «integración regional».

El derecho de la integración «tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho»²⁵, en particular y por lo tanto, del derecho internacional.

Ejemplo de esas asociaciones se puede encontrar en todos los continentes²⁶: principalmente en Europa (Unión Europea, Consejo de Europa) y en América (Comunidad Andina de Naciones - CAN, Mercosur, Sistema de Integración Centroamericana - SICA; Mercado Común del Caribe - CARICOM; Unión de Naciones Suramericanas - UNASUR; Cumbres Iberoamericanas, la Alianza del Pacífico, Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o Tratado de libre Comercio de América del Norte - TLCAN). La integración regional tiene las características de otras formas de relaciones internacionales, estableciéndose sobre la base de los acuerdos entre los Estados. No obstante, dos elementos

23. SCOTT, R.E., STEPHAN, P.B., *The Limits of Leviathan*, ob.cit., p. 142

24. GOLDSMITH, J.L., POSNER, E.A., *The Limits of International Law*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 130, quien afirma que «*the modern human rights treaties do not significantly influence human rights behaviour*» de los Estados (p. 137).

25. TPR Mercosur, Laudo No. 01/2005, p. 4.

26. Para un panorama y un análisis sobre las organizaciones regionales, especialmente en Europa y en América Latina, véase sobre todo PIZZOLO, C., *Derecho e integración regional*, ob.cit.

parecen diferenciar los procesos regionales de integración con otros en el marco de las relaciones internacionales: el contenido y la intensidad de la cooperación; y la institucionalización de las relaciones, en particular a través de la creación de órganos judiciales o arbitrales. Los elementos antes mencionados no producen una modificación en el paradigma internacionalista, sino el fortalecimiento de las relaciones transnacionales. De acuerdo con el contenido de la integración regional, en comparación con otras formas de relaciones internacionales, los objetivos de la cooperación entre los Estados se convierten en más concretos, así como los problemas a que se enfrentan y las soluciones que se elaboran. En este propósito, los procesos de integración regional son a menudo inducidos (o justificados) por razones económicas, ya que un mayor movimiento de personas, productos y factores de producción son capaces de aumentar los flujos económicos y conducir al desarrollo de la región²⁷.

Independientemente de lograr la construcción de mercados comunes o uniones aduaneras, se trata casi siempre de un instrumento táctico para iniciar los procesos de integración regional con el fin de alcanzar objetivos estratégicos más políticos. Es lo que pasó con la integración europea. En la «Declaración» de 9 de mayo de 1950 realizada por el Ministro de Asuntos Exteriores francés Schuman, se propuso la puesta en común de la producción transnacional del carbón y la de acero. La creación del mercado común del carbón y el acero fue planeada claramente como la «primera etapa de la federación europea, y cambiará el destino de esas regiones, que durante tanto tiempo se han dedicado a la fabricación de armas, de las que ellas mismas han sido las primeras víctimas». Del mismo modo en América Latina, las organizaciones regionales como el Mercosur, el TLCAN, la Comunidad Andina, el SICA tienen como objetivo, principalmente, la construcción de una integración económica entre los Estados de la misma región. Aunque el Tratado constitutivo del Mercosur, así como los Tratados de las Comunidades Europeas de los años 50s, no hacen ninguna referencia a los derechos humanos, otros documentos de las organizaciones regionales los ponen en la base del proceso de integración²⁸, como la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur de 1996, el Protocolo de Ushuaia de 1998 y el Protocolo de Asunción de 2005. Del mismo modo, con respecto a la Comunidad Andina, el Acuerdo de Cartagena establece una profunda interconexión entre los objetivos económicos de la CAN y la necesidad de otorgar un mejoramiento permanente del nivel de vida a los habitantes de la subregión (artículo 1).

Por otra parte, la Declaración del Consejo Presidencial

Andino sobre Democracia e Integración, firmado en Santafé de Bogotá el 7 de agosto de 1998, estipula que la CAN es una comunidad de naciones democráticas y respeta los derechos humanos y las libertades fundamentales. La integración regional subraya los aspectos sociales que surgen de la circulación de las personas como los trabajadores²⁹ o los estudiantes y profesores³⁰. Además, esos procesos llevan a la luz otros temas sociales, como, en Latinoamérica, los derechos de las poblaciones indígenas³¹. Los instrumentos regionales pueden referirse directamente al tema de los derechos humanos, como ocurre en los casos de la Convención Americana de los Derechos Humanos³² y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Ese tipo de tratados regionales no tiene la finalidad de alcanzar una integración política, sino establecer las normas continentales para la aplicación de los derechos humanos. Como se mencionó anteriormente, los acuerdos internacionales que prevén formas de integración regional, en muchos casos, establecen organismos que tienen la tarea de la aplicación de las normas regionales. Estos organismos pueden tener carácter judicial o arbitral (véase el caso del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos que prevé una Comisión³³, integrada por expertos independientes, y una Corte regional).

En particular, en Europa y América Latina desempeñan un papel importante las instituciones judiciales de los sistemas jurídicos regionales³⁴: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sucesivamente «Tribunal de Justicia»), el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos («Tribunal EDH»), la Corte Interamericana de los Derechos Humanos («Corte IDH»), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina («TJCA») y el Tribunal Permanente del Mercosur («TPR»).

Los tribunales regionales tienen una exclusiva competencia específica sobre la interpretación del derecho transnacional. Es el caso de la Corte IDH que, de acuerdo con el artículo 62.3 CADH «tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención». Normalmente, los tribunales regionales ejercen competencias judiciales (por ejemplo, véase el artículo 62.3 CADH) o funciones de asesoramiento (véase el artículo 64, párr. 1, CADH). En la realización de sus funciones, los tribunales logran dos resultados importantes: la elaboración de los contenidos de

29. PACHECO ZERGA, L., "Trabajo", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

30. PALERMO BUTI, T., BURALLI VIGNA, M. F., "Integración universitaria en el Mercosur", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

31. Véase FAUNDES PEÑAFIEL, J.J., "Pueblos indígenas como titulares de derechos humanos", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

32. Véase HUERTAS DÍAZ, O., "Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Diccionario Histórico Judicial de México, Ideas e Instituciones*, México, 2010, Tomo I, p. 264.

33. Véase COSTA, J.C., "Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *Diccionario Histórico Judicial de México*, ob.cit., Tomo I, p. 185.

34. Corte IDH, Opinión Consultiva, no. OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), p. 19.

27. Véase PAMPILLO BALIÑO, J. P., "Estado actual y perspectivas de la integración jurídica en América", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, ISEG, Roma-Perugia-México, 2013, pp. 107-168.

28. Sobre el tema, véase: ABRAMOVICH, V., "Derechos Humanos en el marco del proceso de integración regional el Mercosur", *Democracia y Derechos*, 2012, p. 6; CASAL, J., "Los derechos humanos en los procesos de integración", *Estudios Constitucionales*, 2005; GIUPPONI, O., *Derechos Humanos e Integración en América Latina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 303.

los derechos; y la identificación de un sistema jurídico de referencia. La integración regional, pese sea una forma más desarrollada de las relaciones internacionales, representa un verdadero salto de calidad por el impacto en los derechos de los particulares. De hecho, la mayor proximidad de las organizaciones regionales a los problemas concretos de los particulares, así como la presencia de órganos judiciales o arbitrales regionales, causan una influencia más efectiva del derecho transnacional sobre el nacional.

La actividad interpretativa dentro del sistema regional lleva a identificar el significado y el desarrollo de los conceptos relacionados con los derechos establecidos en las fuentes legales supranacionales. Como ha señalado el TPR del Mercosur, citando al Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Paolo Mengozzi, la interpretación de los tribunales regionales ha llevado a considerar a las personas y las empresas como sujetos de los sistemas jurídicos supranacionales³⁵. De hecho, el «modelo regional» de protección de los derechos humanos está más desarrollado que lo «universal», por el papel que en ellos desempeñan las personas físicas o jurídicas, sea en fase de impulso o en fase de ejecución de los efectos de las sentencias³⁶. Por ejemplo, en la jurisprudencia de la Corte IDH es posible encontrar las definiciones de los derechos establecidos por la Convención Americana, como la libertad de expresión (artículo 13)³⁷, la libertad de religión (artículo 12), el derecho de circulación (artículo 22)³⁸, el derecho a la salud³⁹, el derecho de asociación (artículo 16), los derechos políticos (artículo 23 y ss.)⁴⁰, los derechos de las mujeres⁴¹, los niños⁴² y los inmigrantes⁴³. La elaboración de ese complejo conjunto de conceptos jurídicos produce un fenómeno interesante, que es algo inesperado desde el punto de vista del derecho internacional. En lugar de la referencia a un concepto universal de derechos humanos, los tribunales regionales sostienen que su actividad se basa propiamente en un ordenamiento jurídico: el Tribunal de Justicia reconoció la existencia de un ordenamiento jurídico a partir de la jurisprudencia Van Gend en Loos de 1963, en la época inicial de la his-

toria de la integración europea⁴⁴; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se considera a sí mismo como «garante constitucional del orden público europeo»⁴⁵; la CJCA utiliza las expresiones «ordenamiento jurídico andino» o «Derecho andino»; el TPR hace referencia a una «base jurídica de Mercosur»; la Corte IDH sostiene que los instrumentos jurídicos que protegen los derechos humanos deben ser considerados como un sistema legal⁴⁶. Este tipo de orden jurídico ya no se puede considerar simplemente como el conjunto de relaciones internacionales entre Estados, estipulado en base al intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Países contratantes⁴⁷.

En cambio, el ordenamiento jurídico regional es autónomo. Según lo que ha afirmado el Tribunal de Justicia europeo con referencia a las antiguas «Comunidades»: «a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus órganos jurisdiccionales»⁴⁸.

Aunque con cierto retraso, la doctrina legal ha tomado conciencia de la existencia de un sistema jurídico regional. Si en Europa hoy día se trata de un hecho indiscutible, en América Latina los investigadores están empezando a aceptar la presencia de un «derecho americano de los derechos humanos»⁴⁹, basado también en la jurisprudencia de la Corte IDH. El ordenamiento así creado se podría aplicar directamente a los particulares, en cuanto que crea derechos subjetivos.

El sistema jurídico regional implica problemas de coordinación con respecto a la legislación interna. También en este caso, el tema no puede ser tratado sólo con los instrumentos del derecho internacional, sino mediante el desarrollo de herramientas específicas. A tal propósito, en Europa el Tribunal de Justicia afirmó la teoría «monista», según la cual el Derecho regional se ha integrado con los sistemas jurídicos nacionales. Según el Tribunal de Justicia Europeo el ordenamiento jurídico regional se caracteriza por el principio de precedencia. De hecho, «esta integración, en el Derecho de cada país miembro, de disposiciones que provienen de fuente comunitaria, y más generalmente los términos y el

35. TPR Mercosur, Opinión Consultiva n. 1/2007, 3 de abril del 2007.

36. MARCHESI, A., "Derechos humanos (protección internacional)", *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, ob.cit., Tomo I.

37. CASTILLA JUÁREZ KARLOS, A., *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, p. 73.

38. Corte IDH, 31 de agosto de 2004, *Ricardo Canese/Paraguay*, Serie C No. 111, que hace referencia a la O.N.U.

39. Corte IDH, 4 de julio de 2006, *Ximenses Lopes/Brasil*, Serie C No 149.

40. Por ejemplo, vid. Corte IDH, 6 de agosto de 2008, *Castañeda Gutman/Estados Unidos Mexicanos*, Serie C No. 184.

41. FRANCO RODRÍGUEZ, M. J., *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, p. 82.

42. ORTEGA SORIANO, R. A., *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, p. 48.

43. MORALES SÁNCHEZ, J., *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, p. 68.

44. Tribunal de Justicia, 5 de febrero de 1963, 26-62, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, Rec., 1963, p. 3.

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

46. Corte IDH, 16 de noviembre de 2009, *González y otr. (Campo Algodonero) / Estados Unidos Mexicanos*, Serie C No. 205, párr. 62.

47. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 2/82, 24 de septiembre de 1982, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párr. 29.

48. Tribunal de Justicia 15 de Julio 1964, 6/64, *Flaminio Costa / ENEL*, Rec. 1964 p. 1195.

49. Véase CAVALLO GONZALO, A., "Surgimiento de un Derecho Americano de los Derechos Humanos", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 24, enero-junio 2011, pp. 3-89; véase también BECERRA, M., "El Control en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Hacia una reestructuración del sistema", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, ob.cit., pp. 275-292.

espíritu del Tratado, tienen por corolario la imposibilidad de hacer prevalecer, contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad»⁵⁰. La idea monista fue inicialmente rechazada por los tribunales constitucionales nacionales, que apoyaron un modelo diferente, lo «dualista», basado en dos órdenes jurídicos (el Derecho comunitario y el nacional)⁵¹. Con el tiempo, la teoría monista del Tribunal de Justicia tuvo éxito y prevaleció sobre el enfoque de los Tribunales Constitucionales nacionales⁵². La prevalencia del derecho regional se afirma también en la jurisprudencia de los Tribunales transnacionales de Latinoamérica.

El TPR argumenta que el «Derecho de la integración», por su naturaleza y propósitos, siempre debe prevalecer sobre el ordenamiento jurídico interno. De lo contrario, el proceso de integración regional perdería sentido⁵³.

La prevalencia es considerada como la consecuencia de la obligación de los Estados miembros de la organización regional «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» (véase el artículo 1.1 CADH).

Esto es cierto, tanto para los juicios, como para las opiniones emitidas por los tribunales regionales. Según Luis Castillo Córdoba, «La justificación es la siguiente: las interpretaciones que de la CADH formule la mencionada Corte, se adscriben a las normas convencionales directamente estatuidas, de manera que a partir de ese momento, las disposiciones de la CADH se han de entender según tales interpretaciones; así, los Estados vinculados a la CADH, se hallan vinculados también a las interpretaciones de sus disposiciones. Y, adicionalmente, la vinculación se extiende también a la propia Corte IDH; pues, salvo un justificado cambio jurisprudencial, una elemental exigencia de razonabilidad y seguridad jurídica, vincula a la Corte IDH a sus propias interpretaciones fundamentales»⁵⁴. Esta obligación se ve reforzada por las constituciones nacionales. Sin embargo, empero, esto se puede ver incluso antes de la reciente reforma de la Constitución mexicana, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los demás jueces utilizaban ya en sus sentencias la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana⁵⁵. También

los jueces nacionales están obligados, según la jurisprudencia de las cortes regionales, a aplicar las fuentes jurídicas transnacionales y cumplir con las soluciones interpretativas elaboradas a nivel regional.

Como la doctrina legal de América Latina afirma, los jueces nacionales tienen que llevar a cabo el llamado «control de convencionalidad»⁵⁶, es decir, tienen que verificar desde el cumplimiento de la legislación interna con la normativa regional, hasta la inaplicación de normas internas que contradicen las fuentes transnacionales y la de los tribunales regionales.

Tal teoría se originó en la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano* y otros, contra Chile de 2006, donde se estableció la obligación de los jueces de los Estados miembros de controlar que las disposiciones nacionales cumplan con la disposición de la CADH incluso la interpretación de la jurisprudencia regional. Este enfoque ha sido desarrollado en al menos 20 sentencias sucesivas, convirtiéndose en un importante instrumento para interpretar, tanto el derecho regional como lo nacional.

De acuerdo con la Corte IDH, el control de convencionalidad debe llevarse a cabo *ex officio*⁵⁷, no sólo por los jueces, sino también por todos los funcionarios de los Estados miembros (véase la jurisprudencia de la Corte IDH, especialmente *Furlan y familiares contra Argentina* de 2012).

En Europa y en América Latina, el papel de los jueces en la construcción del sistema regional ha sido aceptado por los jueces nacionales, en particular los que desempeñan la función de tribunales constitucionales. En México, por ejemplo, el control de convencionalidad de los jueces nacionales ha sido afirmado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de julio de 2011 en el asunto *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*.

De acuerdo con la Suprema Corte, el control de convencionalidad tiene que llevarse a cabo en tres fases: la primera fase es la interpretación conforme en un sentido amplio, que establece que los jueces deben interpretar el derecho interno desde el punto de vista de la Constitución y los tratados internacionales; luego se lleva a cabo una interpretación conforme en un sentido estricto, según la cual el juez tiene que elegir, entre las varias interpretaciones, la que cumpla con los tratados internacionales y con la Constitución; y finalmente, si el derecho interno no se ajusta a la Constitución y los tratados internacionales, el control de convencionalidad llevará a la desaplicación de la disposición.

50. Tribunal de Justicia, sentencia de 15 de julio de 1964, 6/64, *Flaminio Costa c/ ENEL*, ob.cit.

51. Véase, por ejemplo, la jurisprudencia de la italiana *Corte Costituzionale* n. 170/1984, n. 113/1985, n. 186/1991 en www.cortecos-tituzionale.it. Véase también TESAURO, G., *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 1995, p. 120; PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 12.

52. El cambio de opinión de la *Corte costituzionale* italiana se puso en marcha con la sentencia *Granital/ Amministrazione delle Finanze* (n. 170 de 1984), cuando la Corte aceptó el modelo «monista».

53. TPR Mercosur, Opinión Consultiva, n. 1/2007, de 3 de abril de 2007.

54. Con respecto al enfoque interpretativo de los Tribunales Constitucionales, véase CASTILLO CÓRDOVA, L., «La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos», ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, ob.cit., pp. 293-342, espec. p. 300.

55. CABALLERO OCHOA, J.L., «Retratos hablados. Los derechos fundamen-

tales y su interpretación en sede constitucional e internacional», *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*, ob.cit., Tomo I, p. 609 sigs.

56. Véase REY CANTOR, E., *Control de convencionalidad de las leyes y de derechos humanos*, Porrúa, México, 2008.

57. ROJAS CABALLERO, A. A., *El control de convencionalidad ex officio. Origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los jueces mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación, Serie Cuadernos de Jurisprudencia*, No. 8, SCJN-Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética judicial, México, 2012, pp. 43-44.

3. El modelo supranacional de integración

Pese a que la protección de los derechos a través del modelo regional sea más fuerte con respecto al nivel internacional, esta presenta límites que se refieren al sistema de ejecución de sentencias y actos de los órganos supranacionales. En primer lugar, tanto en los sistemas de protección de los derechos humanos europeos, como en los latinoamericanos, el procedimiento ante los tribunales supranacionales sólo es admisible en el caso de insuficiencia de los recursos internos. En segundo lugar, en algunos casos, los procedimientos que pueden ser decididos por los tribunales se filtran antes por órganos no judiciales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En tercer lugar, las sentencias no son de aplicación directa, como sucede normalmente en el modelo internacional. Por otra parte, en el ámbito de las Organizaciones regionales como la Organización de los Estados Americanos, los Estados están sujetos a la decisión de los tribunales supranacionales sólo sobre una base voluntaria⁵⁸, en ausencia de una obligación de implementar directamente la jurisprudencia regional (véase el artículo 38, ap. 1, Estatuto de la Corte IDH)⁵⁹. La verdadera evolución de la integración jurídica regional está representada por las organizaciones supranacionales, como la Unión Europea. Incluso las organizaciones supranacionales nacen por los medios previstos por el derecho internacional, es decir, por tratados estipulados entre los Estados miembros⁶⁰. En cualquier caso, la supranacionalidad implica la pérdida de la soberanía de los Estados que participan en el proceso con respecto a pocas o muchas competencias. Aparte las cuestiones terminológicas (véase el fracaso de la experiencia de la Constitución para Europa), los Tratados constitutivos de las entidades supranacionales tienen que ser considerados como una constitución real, por dos razones al menos, como afirma Arnold: por un lado, dichos Tratados establecen un sistema institucional y un orden de valores obligatorios para todo sujeto de derecho; y por otro, también, sustituyen los ordenamientos jurídicos nacionales con el derecho supranacional, por lo menos en las competencias comunitarias⁶¹.

El sistema jurídico supranacional es autónomo y prevalente, pero también, en comparación con el modelo regional, es directamente aplicable, ya que, como el Tribunal de Justicia declaró « en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros, no sólo el hacer inaplicable de pleno de-

recho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, de toda disposición contraria de la legislación nacional existente, sino también –en cuanto que estas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros–, el impedir la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que éstos fueran incompatibles con normas comunitarias »⁶².

La cesión de soberanía en la experiencia europea se afirma con claridad desde el caso Van Gend en Loos. Literalmente, el Tribunal de Justicia declara que «un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos». La limitación de los «derechos soberanos» de los Estados corresponde al ejercicio de la soberanía por parte de las instituciones comunitarias, cuyo ejercicio los afecta. Por lo tanto, la construcción del sistema jurídico supranacional implica el establecimiento de un marco institucional que sólo en parte se puede observar en la forma general de la integración regional. Es lo que pasa en la Unión Europea, donde, en particular, funciona un sistema judicial con la exclusiva responsabilidad de interpretar y poner en práctica, en el último nivel, el derecho supranacional.

Este sistema no está compuesto únicamente por el Tribunal de Justicia, que realiza varias tareas, normalmente pertenecientes a varios tipos de jueces⁶³, sino también el sistema judicial se compone formalmente también por los jueces nacionales, que pueden pedir al Tribunal de Justicia una interpretación prejudicial. La jurisprudencia de ellos representa la principal referencia para establecer el sentido jurídico de una norma nacional⁶⁴ y también son los jueces nacionales que tienen que interpretar las normas nacionales en el marco del derecho de la Unión Europea⁶⁵, sobre todo teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁶⁶.

Las instituciones supranacionales ejercen los poderes

58. GIRAUDO, L., CARBONELL BELLOLIO, F., "Corte Interamericana de los Derechos Humanos", *Diccionario Histórico Judicial de México*, ob.cit., Tomo I, p. 275.

59. Véase los argumentos de BECERRA, M., *El Control en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Hacia una reestructuración del sistema*, ob.cit.

60. HAAS, E., "The study of regional integration: reflections on the joy and anguish of pre-theorizing", *International Organization*, Vol. 24, 1970, p. 610.

61. ARNOLD, R., *La protección de los derechos fundamentales en Europa*, ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

62. Tribunal de Justicia, 9 de marzo de 1978, 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal*, cit., apartado 17.

63. Como la función de control de la legitimidad de los actos de las demás instituciones (artículo 263 del TFUE), las decisiones relativas a la responsabilidad contractual (artículo 272 del TFUE) y a la responsabilidad extracontractual de la Unión (artículos 268 y 340 del TFUE); las controversias laborales entre la Unión y sus agentes (artículo 270 del TFUE) y otras competencias (artículo 271 y sigs. TFUE). En particular, el Tribunal de Justicia tiene la responsabilidad relativa a la «interpretación prejudicial» del Derecho de la Unión Europea (artículo 267 del TFUE), que puede ser requerida por todos los jueces nacionales, cuando tienen una duda sobre la correcta interpretación de una norma de la UE.

64. Véase, en particular, las sentencias a continuación: Tribunal de Justicia, sentencia de 24 de enero de 2002, C-372/99, *Comisión/Italia*, Rec. 2002, p. I-819; Id. 8 de junio 1994, C-382/92, *Comisión/Reino Unido*, Rec. 1994, p. I-2435, p. 36; Id. 29 de mayo 1997, C-300/95, *Comisión/Reino Unido*, Rec. 1997, p. I-2649, p. 37.

65. Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia de 26 de septiembre de 1996, C-168/95, *Arcaro*, Rec. 1996, p. I-4705, p. 41-43.

66. Véase Tribunal de Justicia, sentencia de 6 de julio de 1995, C-62/93, *BP Supergaz / Grecia*, Rec. 1995, p. I-1883.

legislativo, ejecutivo y administrativo, y los actos de ellas son directamente aplicables en toda la Unión, sin necesidad de recepción por parte de los Estados miembros, con la excepción de los necesarios para implementar el derecho supranacional. Las consecuencias del incumplimiento de las autoridades públicas, así como de los sujetos de derecho, están representadas por sanciones impuestas por parte de las instituciones supranacionales y nacionales. En particular, el incumplimiento de los Estados puede ser sancionado sea ante a los jueces, sea ante los supranacionales, como ha establecido la jurisprudencia⁶⁷. Cabe mencionar que, en el Derecho de la Unión Europea, se pueden utilizar muchos de los instrumentos jurídicos de derecho privado para aplicar a los Estados las consecuencias negativas de los actos que no sean conformes al derecho comunitario. Entre estas consecuencias cabe mencionar la responsabilidad civil del Estado⁶⁸, independientemente del órgano del Estado cuya acción u omisión haya causado el incumplimiento, incluso cuando la infracción haya sido cometida por un órgano constitucionalmente independiente⁶⁹, como una autoridad local o el poder judicial; la «repetición de enriquecimiento injusto» como en el caso de un Estado miembro que establece sus impuestos nacionales en violación al Derecho de la Unión⁷⁰. La responsabilidad civil del Estado se reconoce también por otros jueces regionales, aunque no se incluyan en un marco institucional supranacional. Es el caso del Tribunal EDH en Europa (véase el artículo 41 y ss. CEDH) y de la Corte IDH (artículo 68 de la CADH) y el TPR en América Latina⁷¹. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, en estos casos las consecuencias de la infracción no son directamente aplicables⁷².

4. De los derechos económicos a la ciudadanía de la Unión Europea

Sin embargo, la característica más importante del modelo supranacional es su impacto en los derechos de los particulares. El sistema jurídico supranacional no sólo es directamente aplicable a los Estados miembros: de hecho, como se afirma en la sentencia *Van Gend en Loos*, el orden jurídico de la Unión Europea reconoce como «sujetos no (...) solamente a los Estados miembros, sino también a sus nacionales». El derecho supranacional también establece derechos y deberes para las personas y otros sujetos y es directamente aplicable a sus relaciones jurídicas. El Tribunal de Justicia declara que estos derechos pueden ser protegi-

dos directamente por los particulares, no sólo frente a los jueces de la Unión Europea, sino también frente a los internos. Como se mencionó anteriormente, el juez comunitario y los jueces nacionales integran una estructura formal de protección de los derechos a nivel regional.

El reconocimiento de los derechos y de los recursos procesales relacionados ha sido el principal instrumento para implementar y fortalecer la «primacía»⁷³ comunitaria, que de otro modo habría tenido que ser desarrollada a través sanciones directas a los Estados, que no siempre son eficaces⁷⁴. Por tanto, los individuos asumen el papel de «guardianes principales» de la aplicación sistemática del Derecho de la Unión Europea⁷⁵. En relación con el modelo general de integración regional, el enfoque comunitario no tiene en cuenta a las personas sólo como beneficiarios de los derechos, sino también como titulares del derecho a ejercer tales situaciones jurídicas a través de un sistema de acciones procesales otorgadas a nivel nacional o supranacional. Esto ocurre sin la mediación de los Estados, que también se convierten en contrapartes de los juicios para proteger esos derechos.

De acuerdo con el modelo regional general, el individuo tiene derecho a reclamar sus derechos sólo en las relaciones verticales, es decir con respecto a los Estados. Se solicita a los jueces regionales ejercer su competencia sólo en caso de que los sistemas legales nacionales no otorguen protección a los derechos de origen supranacional.

En virtud de la integración jurídica comunitaria, los derechos se ejercen normalmente dentro de todas las relaciones, incluso las « horizontales », es decir, las relaciones entre los sujetos jurídicos con respecto a todo tipo de asuntos, públicos o privados. El enfoque subjetivo del derecho comunitario produce, no sólo un desarrollo cualitativo del derecho supranacional, sino también una evolución cuantitativa.

La integración jurídica de la Unión Europea, iniciada con el objetivo de crear un « mercado interior », es un espacio sin fronteras interiores en el que está garantizada la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales (véase el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Tal mercado interior no es un lugar físico en el que se intercambian bienes o servicios en un contexto exclusivamente económico. De hecho, la creación del mercado interior también incluye la adopción de medidas en los ámbitos de la cooperación judicial en materia civil, penal, comercial y fiscal que tengan implicaciones transfronterizas (véanse los artículos 81 y 82 del Tratado sobre el Funcionamiento

67. Tribunal de Justicia, sentencia de 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y C-9/90, *Franovich y Bonifaci/Italia*, Rec., 1991, I-05357. V. también Tribunal de Justicia, sentencia de 8 de octubre de 1996, C-178 y 179, 188-190/94, Rec., 1996, I-4845.

68. Entre otros, véase, por ejemplo Tribunal de Justicia, sentencia de 11 de octubre de 1990, C-34/89, *Italia/Comisión*, Rec. 1990, I-3613.

69. Tribunal de Justicia, sentencia de 9 de diciembre de 2003, C-129/2000, *Comisión/Italia*, Rec. 2003, p. I-14672.

70. Tribunal de Justicia, sentencia de 24 de marzo de 1988, 104/1986, *Comisión/Italia*, Rec. 1988, p. 1799; Id. sentencia de 11 de mayo de 2006, C-197/03, *Comisión/Italia* Rec. 2006, p. I-60.

71. TPR del Mercosur, laudo n. 01/2007, p. 8.

72. Corte IDH, 19 de noviembre de 1999, *Los «Niños de la Calle»/Guatemala*, Serie C No. 63, párr. 220.

73. RUFFERT, M., "Rights and remedies in European community law: a comparative view", *Comm. Market Law rev.*, 1997, 308, afirma que «Without exaggeration, it can be said that rights and remedies are a fundamental topic in the ongoing development of Community Law».

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

75. WEILER, J.H.H., *La costituzione dell'Europa*, trad. ital., Il Mulino, Bologna, 2003, 47.

de la Unión Europea, sucesivamente «TFUE» y el artículo 114 y sigs. TFUE), y, en particular, el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones en asuntos extrajudiciales y la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros (artículo 81, párr. 1 del TFUE). La Unión se basa en la compenetración económica y jurídica de los ordenamientos nacionales⁷⁶.

Con el fin de alcanzar el objetivo de la construcción del mercado comunitario, los Tratados han proporcionado las «libertades», consideradas inmediatamente por el Tribunal de Justicia como derechos accionables por los sujetos jurídicos. Estas libertades, inicialmente atribuidas a los trabajadores y empresarios exclusivamente (empleados o trabajadores por cuenta propia), se han ampliado gradualmente a otras personas (practicantes⁷⁷, jubilados⁷⁸, miembros de la familia de los trabajadores, aunque ellos hubieran fallecido o sean jubilados⁷⁹, turistas⁸⁰ y estudiantes⁸¹), debido a la «interpretación funcional» del juez comunitario⁸². Posteriormente, estas libertades fueron atribuidas a todas las personas que, a causa de la expansión de las competencias de la Unión, a través del Acta Única Europea (firmada en 1986), por el Tratado de Maastricht (firmado en 1992) y los Tratados posteriores, y sobre todo, debido a la introducción de la «ciudadanía de la Unión Europea» (véanse los artículos 9 y 20 del TFUE y la Carta de los Derechos fundamentales)⁸³. Por lo tanto, la evolución del Derecho de la Unión Europea convirtió las libertades económicas en «derechos políticos» con el apoyo fundamental del Tribunal de Luxemburgo⁸⁴.

Las libertades de circulación y establecimiento de los particulares incluyen implícitamente la capacidad legal para ser parte de cualquier tipo de relación jurídica: comprar o alquilar una casa, concluir cualquier otro tipo de contrato,

casarse, reconocer a un niño, aceptar una herencia, etc. El Derecho de la Unión Europea considera no sólo los intereses patrimoniales. De hecho, el Tribunal de Justicia, como se afirma en la sentencia Stauder⁸⁵, muestra que entre los principios generales del Derecho de la Unión Europea deben ser incluidos los derechos fundamentales de las personas. Estos derechos deben ser considerados, aunque no sean siempre expresados de manera explícita en los Tratados, y basados en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y como principios inspirados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por lo tanto, la jurisprudencia ha reconocido, incluso en el Derecho de la Unión Europea, los derechos como la libertad de expresión⁸⁶, el respeto de la vida privada⁸⁷, los derechos de propiedad y el ejercicio de una actividad profesional. El Tribunal de Justicia anticipó al legislador de la Unión Europea, quien empezó a tener en consideración los derechos humanos sólo a partir de los años 90 del siglo pasado (el Artículo 6, párrafo 1, del Tratado UE; las condiciones para la adhesión a la Unión Europea en el marco del Consejo Europeo de Copenhague y la cláusula en el respeto de los derechos humanos, incluida en los acuerdos internacionales)⁸⁸. Sólo en 2001 se adoptó una específica fuente jurídica concerniente a estos derechos (la Carta de los Derechos Fundamentales), y que solamente en 2009 se convirtió en una fuente constitucional sobre la base del Tratado de Lisboa.

Hoy en día, el Tratado de Lisboa establece un vínculo formal entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en base al cual la primera incorpora los derechos establecidos por el segundo. La ciudadanía de la Unión Europea es una idea dinámica que está en constante desarrollo y que añade nuevas dimensiones continuamente: en los últimos años las fuentes legales y la literatura jurídica, por ejemplo, hacen referencia a los nuevos tipos de derechos, así como la libertad de movimiento en la «Sociedad del conocimiento»⁸⁹, o la necesidad de extender aún más el derecho de los ciudadanos no pertenecientes a la UE⁹⁰.

Como se puede observar, la integración supranacional, según el modelo de la Unión Europea, no sólo implica el reconocimiento de derechos específicos derivados de la ley regional o de los derechos humanos establecidos en los planos internacional y regional. Más bien, la ciudadanía de la

76. Tribunal de Justicia, sentencia de 18 de mayo de 1982, 155/79, *AM&S Limited/ Comisión*, Rec. 1982, p. 1575, párr. 18.

77. V. Tribunal de Justicia, sentencia de 3 de julio de 1986, 66/85, *Lawrie-Blum*, Rec. 2121, párr. 19; Id. sentencia de 26 de febrero de 1992, C-3/90, *Bernini*, Rec. 1992, I-1071, p. 15; Id. sentencia de 17 de marzo de 2005, C-109/04, *Kranemann*, Rec. 2005, p. I-2421, párr. 15 e 16.

78. Tribunal de Justicia, sentencia de 15 de marzo de 2001, C-165/98, *Mazzoleni e ISA*, Rec., 2001, I-2189.

79. Tribunal de Justicia, sentencia de 9 de enero de 2003, C-257/00, *Nani Givane e aaltri/Secretary of State for the Home Department*, Rec. 2003, p. I-345.

80. Tribunal de Justicia, sentencia de 19 de enero de 1999, C-348/96, *Calfa*, Rec. 1999, I-11; Id., sentencia de 2 de febrero de 1989, 186/87, *Cowan*, Rec. 1989, p. 195, párr. 15.

81. Tribunal de Justicia, sentencia de 13 de febrero de 1985, 293/83, *Gravier/Ville de Liège*, Rec. 1985, p. 593; Id. sentencia de 2 de febrero de 1988, 24/86, *Blaizot/Université de Liège y otr.*, Rec. 1988, p. 379.

82. Tribunal de Justicia, sentencia de 23 de marzo de 1982, 53/81, *Levin/Netherlands*, Rec., 1985, 1035.

83. Sobre la noción de ciudadanía de la Unión Europea, véase entre los demás, MOLINA DEL POZO, C.F., "La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, ob.cit., pp. 167 y sigs.

84. POJARES MADURO, M., *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart and Publishing, Portland, 1998, p. 166.

85. Tribunal de Justicia, sentencia de 12 de noviembre de 1969, 29/69, *Stauder / Stadt Ulm*, Rec., 1969, 419.

86. Tribunal de Justicia, sentencia de 26 de junio de 1997, C-368/95, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- undvertriebs GmbH / Bauer Verlag*, Rec. 1997, p. I-3689.

87. Por ejemplo, Tribunal de primera instancia, sentencia de 15 de mayo de 1997, T-273/94, *N / Commission*, Rec. 1997, p. II-289, véase párr. 68, 71-74

88. FIERRO, E., "Legal Basis and Scope of the Human Rights Clauses in EC Bilateral Agreements: Any Room for Positive Interpretation?", *European Law Journal*, Vol. 7, n. 1, marzo de 2001, pp. 41-68.

89. Véase ADUNMO, K.A., "Libre circulación del conocimiento", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

90. Véase la propuesta de MOLINA DEL POZO, C.F., "La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea", ob. cit.

Unión Europea es una nueva condición individual que recoge los derechos y las obligaciones reconocidas e implementadas por las instituciones supranacionales y nacionales, en especial por los jueces.

Según el Tribunal de Justicia el status de la ciudadanía de la Unión Europea es la situación jurídica fundamental de los nacionales de los Estados miembros⁹¹. Los derechos establecidos en el derecho interno no sólo tienen que ser aplicables a todos los ciudadanos (nacionales o no), sino también, no deben estar en conflicto con el Derecho de la Unión Europea⁹².

Si las normas internas tienen el efecto de privar a los ciudadanos del disfrute de los derechos relacionados con la condición de ciudadano de la Unión Europea, o si incluso dicha normativa afecta el derecho de circulación y la residencia libre en el territorio de un Estado miembro⁹³, tales normas no serían aplicadas⁹⁴. Los derechos y obligaciones relativos a la ciudadanía europea hacen referencia a todas las relaciones jurídicas de las personas, tanto públicas como privadas, horizontales y verticales.

5. La función de los jueces en los procesos de integración internacional

La contribución de los tribunales a la integración legal de una región, por supuesto, va más allá de la función judicial. En efecto, la jurisprudencia regional tiene un impacto muy significativo sobre las reflexiones doctrinales. En la Unión Europea, la «Comisión Lando», por ejemplo, se inspira en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para la elaboración de los principios de Derecho contractual en materia de responsabilidad civil⁹⁵ o de fuerza mayor⁹⁶. Por último, la autoridad de los jueces regionales influye en el ejercicio de otros poderes, en particular el poder ejecutivo y legislativo.

En la Unión Europea, la Comisión y las Instituciones legislativas reconocen el papel esencial de la jurisprudencia para aplicar el Derecho regional y desarrollar nuevas fuentes jurídicas⁹⁷. Incluso la jurisprudencia regional tiene una

gran influencia en el desarrollo del derecho positivo nacional⁹⁸. Los estudiosos suelen malinterpretar ese enfoque interpretativo. De hecho, en Europa, generalmente, se opina que el Tribunal de Justicia, ocupándose de un ordenamiento jurídico fragmentado y con muchas «lagunas» (lo cual es comunitario)⁹⁹, llevaría a cabo un law making power¹⁰⁰, que sustituiría lo de las instituciones legislativas. Opiniones similares se expresan en relación con el Tribunal EDH¹⁰¹.

Tal como sucedió en Europa, también en América Latina muchos autores son críticos con respecto al activismo judicial de las cortes regionales, al que consideran antidemocrático y antiliberal¹⁰². Sin embargo, el llamado law making power de los órganos judiciales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, parece un error visual de los académicos, quienes tienen dificultades cuando se acercan al fenómeno de la integración regional con el enfoque tradicional.

De hecho, el Tribunal de Justicia puede influir eficazmente en el ordenamiento jurídico europeo y su poder se caracteriza por una facultad discrecional especialmente amplia, actuando como juez constitucional y como juez de legitimidad de último grado.

Así como los tribunales constitucionales nacionales¹⁰³, los tribunales regionales no crean derecho ex novo, sino que ellos tienen el objetivo elaborar una «concreción» aplicable para solucionar casos concretos. Las fuentes legales del Derecho regional, especialmente los tratados y los textos relativos a los derechos humanos, utilizan expresiones abiertas, que se tienen que rellenar de un sentido técnico en consonancia con la finalidad del sistema jurídico transnacional¹⁰⁴.

de 2003, especialmente el subpárrafo 4.

98. Véase por ejemplo CIPPITANI, R., "La nueva ley francesa en tema de bioética en el contexto europeo", *Criminogenesis*, n. 8, 2011, al caso de la aprobación de la nueva ley francesa en materia de bioética. El Parlamento y los órganos consultivos (como el *Conseil d'État*) en todos los documentos tratan de proponer un texto que sea coherente con la jurisprudencia del TEDH

99. CAPOTORTI, F., "Il diritto comunitario non scritto", *Diritto commerciale e degli scambi internazionali*, 1983, p. 409 y sig., en particular p. 411; AKEHURST, M., "The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities", *The British Year Book of International Law*, 1981.

100. BETTATI, M., "Le «law-making power» de la Cour", *Pouvoir*, 1989, p. 57 y sigs.

101. Véase entre todos, MAHONEY, P., "Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism?", *Hum. rights. Law jour.*, 194, 1998, p. 6 y sigs.; LEISAS, G., "The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR", *Eur. jour. int. Law*, 15, 2, pp. 279-280.

102. SALGADO LEDESMA, E., "La probable inexecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuestiones Constitucionales", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 26, junio-diciembre 2012, p. 231.

103. Con respecto al enfoque interpretativo de los Tribunales Constitucionales, véase CASTILLO CÓRDOVA, L., "La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, ob.cit., pp. 293-342.

104. ZAGREBELSKY, G., "El juez constitucional en el siglo XXI", E. FERRER MAC-GREGOR, C. DE J. MOLINA SUÁREZ (coord.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, Universidad Nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, p. 4 y sigs.

91. Tribunal de Justicia, 20 de septiembre de 2011, C-184/99, Grzelczk, Rec. 2011, I-6193, 31; Id. 17 de septiembre 2002, C-413/99, *Baumbast e R*, Rec., I-7091, 82.

92. Tribunal de Justicia, sentencia de 11 de julio de 2002, C-224/98, D'Hoop, Rec. p. 2002, I-6191, párr. 28; Id. sentencia de 23 de abril 2009, C-544/07, *Rüffler*, Rec. 2009, p. I-3389, párr. 62; Id. sentencia de 21 de julio de 2011, C-503/09, *Lucy Stewart v. Secretary of State for Work and Pensions*, Rec. 2011, no publicada todavía.

93. Tribunal de Justicia, sentencia de 5 de mayo de 2011, C-434/09, Shirley McCarthy; Id. sentencia de 2 de mayo de 2003, C-148/02, *García Avellá*, Rec., 2003, I-11613.

94. Tribunal de Justicia, 21 sentencia de de julio de 2011, C-503/09, *Lucy Stewart/Secretary of State for Work and Pensions*, Rec. 2011, p. I-6497, párr. 83 y 84.

95. Véase *I principi di diritto europeo dei contratti*, Italian edition, coord. por CASTRANOVO, C., Giuffrè, Milano, 2001, p. 98.

96. LANDO, O., "The rules of European contract law", en *Comisión Europea, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code*, 1999, p. 13 sigs.

97. Véase Comunicación de la Comisión europea, *A more coherent European contract law – An action plan*, COM (2003) 68, 12 de febrero

Sin embargo, sólo los jueces regionales, y en particular el Tribunal de Justicia, ejercen un poder judicial, es decir, interpretan y aplican la ley¹⁰⁵. Ellos, como todo intérprete de cualquier texto¹⁰⁶, completan el lenguaje legislativo¹⁰⁷ que siempre está «incompleto»¹⁰⁸, porque no expresa todos los casos a los cuales se podría aplicar la norma. La gran discrecionalidad de los jueces es una característica de la jurisdicción moderna que surge de la necesidad de atribuir coherencia a los sistemas jurídicos cada vez más complejos y articulados en niveles múltiples¹⁰⁹. Además, los jueces regionales tienen una «autoridad científica y la moral»¹¹⁰ que produce efectos en todo el sistema regional. La opinión de tales jueces influye sobre la interpretación de los jueces nacionales y la doctrina jurídica¹¹¹.

Finalmente, la interpretación de los jueces nacionales y regionales se puede considerar como el fulcro de una nueva dogmática jurídica para la nueva época histórica, como correctamente se ha propuesto¹¹². La época contemporánea se caracteriza, desde la perspectiva jurídica, por la integración de los ordenamientos jurídicos, y no simplemente por la globalización mercantil sin reglas. El fenómeno de la integración jurídica es más complejo y corresponde a la crisis irreversible del paradigma legalista, jerarquizado, territorial del Estado nacional soberano¹¹³.

El nuevo paradigma del derecho de la integración está naciendo en las sentencias de las Cortes regionales y de los tribunales en América y en Europa. ■

105. Véase en particular EVERLING, U., *The Court of Justice as a Decision making Authority*, Michigan Law Review, 1984, 82, 1294-1310. p. 1309 sigs. Sobre la diferencia entre la creatividad y la función legislativa, véase CAPPELLETTI, M., "Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente", *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1982, p. 774 sigs.

106. Umberto Eco muestra como todo texto es un «mecanismo pigo (o económico) » con espacios blancos que tienen que ser rellenados por el intérprete Eco, U., *Lector in fabula*, IV ed., Bompiani, Milano, 1989, p. 52.

107. Véase BETTI, E., "Sui principi generali del nuovo ordine giuridico", *Riv. dir.comm.*, 1940, I, p. 212. Véase también DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 1995, p. 125 sigs., que se refiere a la «cooperación» entre legislador e intérprete.

108. BOBBIO, N., "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1950, p. 360 y sigs.

109. BISOGNI, G., "Jurisdicción moderna", *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, ob.cit., Tomo II.

110. HITTER, J. C., "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *La Ley*, LXXII, n° 179, 17 de septiembre 2008, p. 19.

111. *Ibidem*.

112. PAMPILLO BALIÑO, J.P., *Historia general del derecho*, cit., p. 343 y siguientes

113. PAMPILLO BALIÑO, J.P., *La integración jurídica del Continente Americano: una invitación a la ciencia jurídica para construir un nuevo jus commune*, en *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2011, n. 3, p. 603 y siguientes.