SOBERANÍA

y Estado abierto en América Latina y Europa

Armin von Bogdandy
José Ma. Serna de la Garza
Coordinadores

Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional
Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
Universidad Nacional Autónoma de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

SOBERANÍA Y ESTADO ABIERTO EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 244

Coordinadora académica: Elvia Lucía Flores Ávalos
Asistente editorial: Karla Beatriz Templos Núñez
Formación en computadora: Deneb Muñiz Alejandro
Cuidado de la edición: Isidro Saucedo

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

SOBERANÍA Y ESTADO ABIERTO EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA

ARMIN VON BOGDANDY
JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA

COORDINADORES

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
MAX PLANCK INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2014

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Primera edición: 15 de mayo de 2014

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México

Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva, s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

CONTENIDO

Presentación IX

Armin VON BOGDANDY
José Ma. SERNA DE LA GARZA

Soberanía y apertura del Estado: una perspectiva mexicana 1

José Ma. SERNA DE LA GARZA

I. Introducción 1
II. El principio de soberanía en la Constitución mexicana 3
III. Derecho público y el concepto de soberanía 7
IV. La apertura del sistema jurídico mexicano a regímenes internacionales 17
V. Principios fundamentales y regímenes internacionales 21
VI. Conclusión 56

Los principios fundamentales después de la apertura del Estado: un estudio desde la perspectiva alemana 61

Armin VON BOGDANDY

I. Los principios fundamentales como área de investigación hoy en día 61
II. El ejercicio de la autoridad pública como objeto de investigación 66
III. Principios 81

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

IV. Principios fundamentales de la Ley Fundamental . . 85
V. Principios fundamentales del derecho de la Unión. . 91
VI. Los principios fundamentales del derecho internacional público 96
VII. Cuestiones relativas al desarrollo de los principios . 104

Principios fundamentales del poder público globalizado: comentarios desde la perspectiva europea 111
Aída TORRES PÉREZ

I. Introducción 111
II. El poder público globalizado. 113
III. Tres principios fundamentales a tres niveles 122
IV. Pluralismo y diálogo 132
VI. Conclusiones 138

Estatalidad abierta: un análisis comparado. 139
Peter M. HUBER

I. Integración europea y estatalidad abierta. 139
II. La condición de Estado miembro en la UE 143
III. Derecho constitucional y el CEDH. 213
IV. Concepción jurídico-constitucional de la Constitución nacional integrada según la perspectiva europea 224
V. Bibliografía 230

El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva sudamericana 233
Mariela MORALES ANTONIAZZI

I. Introducción 233

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

II. Contextualización del Estado abierto. 235
III. Conceptualización: la doble estatalidad abierta . . . 243
IV. Constitucionalización progresiva del Estado abierto 247
V. Conclusión: el acervo del *ius constitutionale commune* 268

Soberanía, Estado y globalización 283
Calogero PIZZOLO

I. Nociones preliminares 283
II. La noción de soberanía y el nacimiento del Estado moderno 285
III. El poder constituyente y el problema de la legitimidad fundacional. 289
IV. El final de la Segunda Guerra Mundial: desarrollo de un derecho supranacional de la integración europea y del derecho internacional de los derechos humanos y los sistemas internacionales de protección 294
V. Soberanía y globalización 300
VI. Conclusiones 307
VII. Bibliografía 307

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

PRESENTACIÓN

Como parte de una serie de procesos identificados con la globalización y la "gobernanza global", desde hace décadas un gran número de Estados se ha venido abriendo hacia regímenes internacionales diversos. A su vez, la mencionada apertura ha comenzado a generar cruces o intersecciones entre esos regímenes y el derecho interno. Estos fenómenos representan un quiebre con el principio de soberanía como se le ha entendido a lo largo de siglos. En el presente trabajo, que agrupa ensayos de juristas latinoamericanos y europeos, se reflexiona sobre cuáles podrían ser los cambios generados a raíz de la referida apertura y también cómo se puede entender la nueva constelación "multinivel". Asimismo, uno de los temas de fondo tratado en los distintos ensayos que componen este libro, es el de la "autoridad pública". Hasta hace poco tiempo, este fenómeno se limitaba, tanto en Europa como en América Latina, a las instituciones del Estado. Hoy en día la situación es distinta en ambas regiones. La convivencia social se ve afectada de manera significativa por instituciones supranacionales e internacionales. Por ello es que este libro también se ha propuesto como objetivo contribuir al debate sobre el surgimiento de nuevas configuraciones de autoridad y su impacto en el concepto tradicional de soberanía.

En suma, el propósito de este trabajo colectivo es contribuir a la generación de un enfoque renovado sobre los rasgos propios del fenómeno de apertura estatal en América Latina y en Europa. La imagen del Estado abierto implica destacar el cambio de paradigma implícito en el nuevo derecho público del siglo XXI enraizado con la erosión del concepto de soberanía y el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo, como bien se explica en este libro en relación con el ordenamiento mexicano (José María

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Serna) y con la Ley Fundamental alemana (Armin von Bogdandy). Por su parte, las contribuciones de Peter Huber y Aída Torres proyectan la metamorfosis ocurrida en Europa; mientras que los trabajos de Mariela Morales Antoniazzi y Calogero Pizzolo abordan la perspectiva latinoamericana.

Armin VON BOGDANDY
José Ma. SERNA DE LA GARZA

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

SOBERANÍA Y APERTURA DEL ESTADO: UNA PERSPECTIVA MEXICANA

José Ma. Serna de la Garza*

I. Introducción

En la era de la llamada globalización existen fenómenos y procesos que están produciendo transformaciones importantes en lo que es la base misma de las concepciones tradicionales del derecho constitucional. Es decir, una serie de procesos identificados con la globalización han venido afectando al Estado nacional, y ello obliga a reflexionar sobre el impacto que esas transformaciones pueden tener no solamente sobre las normas del derecho constitucional de los Estados nacionales, sino en general sobre el derecho público.[1]

Lo dicho en el párrafo anterior bien puede aplicarse al Estado mexicano, mismo que en las últimas dos décadas se ha abierto hacia regímenes internacionales diversos.[2] A su vez, la mencionada apertura ha comenzado a generar cruces o intersecciones entre esos regímenes y el derecho interno. En particular, destacan las intersecciones que impactan principios fundamentales contenidos en la Constitución mexicana de 1917.

Estos fenómenos representan un quiebre con el principio de soberanía como se le ha entendido a lo largo de décadas. Ya no se

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

1 Este es el punto de partida de mi trabajo titulado *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, p. 1.

2 El examen de cuáles son esos regímenes es el núcleo principal del presente ensayo, como se verá más adelante.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

puede aceptar sin más la idea de que el poder soberano se expresa en el momento constituyente, produciendo así un instrumento esencialmente nacional, cuya fuerza como norma superior deriva de un pacto inicial y continuado de un pueblo que evoluciona orgánicamente a lo largo del tiempo, en respuesta a las percepciones, las necesidades y los valores nacionales.[3] Por ello es que algunos autores hablan de la "transformación" de la soberanía.[4] Y otros hablan de una "transfiguración" del Estado nación soberano.[5]

La apertura del Estado mexicano a regímenes internacionales diversos, como se expresa en las intersecciones entre esos regímenes y principios constitucionales básicos, nos lleva a preguntarnos cómo debiéramos de entender las estructuras fundamentales del derecho público en el México de hoy. El presente ensayo representa un esfuerzo para dar una respuesta a esta interrogante, para lo cual lo hemos dividido en cinco partes.

En primer lugar, examinamos el principio de soberanía en la Constitución mexicana de 1917, como articulador del Estado y del poder en México, específicamente como el fundamento del sistema democrático y del sistema federal. En segundo lugar, examinamos varias de las principales construcciones doctrinales creadas para dar un fundamento al derecho público mexicano (constitucional y administrativo). En este apartado, veremos cómo todas encuentran tal fundamento en el principio de soberanía. En tercer lugar, haremos una breve mención de los regímenes internacionales a los que México se ha abierto: el sistema interamericano de derechos humanos, los tratados de libre comercio (destacando en particular el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN), y la influencia que ejercen distintas instituciones de la

3 Uso aquí una concepción formulada por Saunders, Cheryl, "Use and Misuse of Comparative Constitutional Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 2006, p. 50.

4 Bogdandy, Armin von, "Principios fundamentales del Estado y de las organizaciones supranacionales e internacionales" (en este volumen).

5 Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2008, p. 411.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

gobernanza global económico-financiera (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico). En cuarto lugar, examinamos los puntos de intersección entre los principios fundamentales previstos en la Constitución mexicana (derechos humanos, democracia, sistema federal, Estado laico, propiedad de la nación sobre los recursos minerales) y los referidos regímenes internacionales; y damos ejemplos de cómo estos últimos ya están impactando en los primeros. Finalmente, esbozamos algunas conclusiones que en general versan sobre la necesidad de elaborar categorías descriptivas y normativas para entender y sistematizar lo que bien puede llamarse un "nuevo derecho público".[6]

II. El principio de soberanía en la Constitución mexicana

El principio de soberanía en la trayectoria constitucional de México sirvió para dotar de justificación e identidad al nuevo Estado surgido en 1821. Pero incluso desde antes de lograr la independencia de España, diversos textos constitucionales se refirieron a dicho principio como la base de todo el arreglo político-institucional, además de escudo contra cualquier intento de justificar posibles invasiones extranjeras. Tal es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Apatzingán de 1814[7] cuyo artículo 5o. dispuso que "la soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio en la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos bajo la forma que prescriba la Constitución". Asimismo, el artículo 11 de dicha Constitución

6 Desde una perspectiva europea, puede revisarse el libro de Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011.

7 El nombre oficial es Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, de 22 de octubre de 1814. Esta Constitución fue expedida por el grupo insurgente en plena lucha, pero no tuvo eficacia más allá del terreno que este grupo pisaba; ello, no obstante, se le considera como el primer intento de organización constitucional independiente.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

estableció que las tres atribuciones de la soberanía son: "la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares". Finalmente, el artículo 9o. de la Constitución de 1814 dispuso que ninguna nación tiene el derecho "para impedir a otra el uso libre de su soberanía. El título de conquista no puede legitimar los actos de fuerza: el pueblo que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de las naciones".

No haremos en este espacio una reseña del principio de soberanía como ha sido consagrado en los distintos textos constitucionales que ha tenido México.[8] Nos limitaremos a señalar que la Constitución mexicana vigente desde 1917 configura normativamente el concepto de soberanía en sus artículos 39, 40 y 41. En el artículo 39, se dispone que: "La *soberanía nacional* reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno". En el artículo 40 se establece que

> Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y *soberanos* en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Finalmente, en el artículo 41 se dispone que

> El pueblo ejerce su *soberanía* por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal.[9]

8 Véase Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1979, pp. 162 y ss.

9 Las cursivas son nuestras.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Como se puede ver, la concepción de soberanía en estos artículos se refiere al sustento democrático (soberanía popular) que legitima al Estado, a la vez que sirve de base para organizar el arreglo federal (los estados son libres y soberanos en lo que atañe a su régimen interior).

Por otra parte, considero que puede hablarse de una especie de idea de "soberanía a la defensiva", la cual es encontrable en diversos artículos de la Constitución, y que en mi opinión tienen que ver con el pasado del país como colonia, los intentos de recaptura de la ex colonia por parte de diversas potencias extranjeras, y el trauma de la pérdida de la mitad del territorio nacional ante los Estados Unidos de América. Se trata de disposiciones como las siguientes:

1. La Cláusula Calvo contenida en el artículo 27 constitucional, cuya fracción I establece que el Estado podrá conceder a los extranjeros el derecho de adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas,

> siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo.

Esta disposición se identifica con la Doctrina Calvo, acuñada por el jurista argentino Carlos Calvo en el siglo XIX, que proponía dos principios básicos: el de no intervención entre los Estados; y el de estatus de igualdad (y no especial o preferencial) para los inversionistas extranjeros. Su objetivo era evitar que los inversionistas extranjeros pasaran por encima de los tribunales nacionales del Estado anfitrión, invocando directamente la protección diplomática de sus gobiernos para resolver disputas relativas a sus inversiones y propiedades.

2. Existen límites en cuanto a la capacidad legal de los extranjeros para ser propietarios de bienes raíces dentro del territorio

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nacional. En este sentido, dispone el artículo 27 constitucional, fracción I, párrafo segundo: "En una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas".

3. El artículo 32 de la Constitución establece que el ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la propia Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad; y dispone asimismo que esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión. En este sentido, establece el artículo 32 en su párrafo tercero que en tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública, y que para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.

En suma, el principio de soberanía ha sido fundamental como articulador del Estado y del poder en México, desde el comienzo mismo de su historia como Estado independiente. Su formulación como principio fundamental no difiere de cómo puede encontrarse en la experiencia constitucional de otros países, pero tiene peculiaridades que se explican por la experiencia histórica de México. Además, este carácter fundamental puede observarse en las principales construcciones doctrinales del derecho público mexicano (en sus vertientes constitucional y administrativa), como se verá a en la sección siguiente.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

III. Derecho público y el concepto de soberanía

1. *Derecho constitucional*

A. *La soberanía según Felipe Tena Ramírez*

El libro clásico de *Derecho constitucional mexicano* de Felipe Tena Ramírez inicia el capítulo I abordando el tema de la soberanía. Nos explica que para acercarse al concepto de Constitución, debemos tener en cuenta, previamente, el concepto de soberanía.[10] De esta manera, trata la evolución histórica del concepto, su carácter polémico, la problemática relativa a la determinación de quién es el titular de la soberanía y el ejercicio jurídico del poder soberano.[11]

Tena vincula el principio de soberanía popular con el ejercicio del poder constituyente:

> El pueblo, a su vez, titular originario de la soberanía, subsumió en la Constitución su propio poder soberano. Mientras la Constitución exista, ella vincula jurídicamente, no sólo a los órganos, sino también al poder que los creó. La potestad misma de alterar la Constitución (facultad latente de la soberanía), sólo cabe ejercerla por cauces jurídicos. La ruptura del orden constitucional es lo único que, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, permite que aflore en su estado originario la soberanía.[12]

A partir de lo anterior concluye, siguiendo a Kelsen, que la soberanía, una vez que el pueblo la ejerció, reside exclusivamente en la Constitución y no en los órganos ni en los individuos que gobiernan.[13] Además, al ser expresión de la soberanía, la Constitu-

10 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 18a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 3.

11 *Ibidem*, p. 7.

12 *Ibidem*, p. 11.

13 A Tena le preocupa dejar bien claro que ningún poder ni gobernante alguno es soberano, pues todos encuentran sus fronteras en la Constitución.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ción es la norma suprema del ordenamiento, y en razón de ello es que está por encima de todas las leyes y de todas las autoridades: es la ley que rige las leyes y que autoriza a las autoridades. Esto es así porque es "emanación de la más alta fuente de autoridad".[14]

Por otra parte, Tena aborda el tema de los límites del poder constituyente (y, por implicación, del poder soberano). Así, identifica límites inmanentes (integrar un orden jurídico); limitaciones históricas (el reconocimiento de derechos fundamentales y la separación de poderes); limitaciones de carácter político (los factores reales de poder); y limitaciones de índole internacional (ve una tendencia a internacionalizar los derechos del hombre y el *jus belli*).[15]

De manera interesante, Tena observa en su libro, escrito en los años cuarenta del siglo XX, el inicio de una tendencia hacia la relativización del principio de soberanía, en su vertiente exterior, y nos dice lo siguiente:

> La soberanía exterior, que había sido hasta hace poco un principio absoluto en la doctrina del Estado, ha empezado a ser enjuiciada a la luz de necesidades nuevas, de realidades que se imponen y de una conciencia social y política preparada por la primera Gran Guerra y vigorizada por la segunda. Toda limitación a la soberanía exterior tiene que repercutir inevitablemente en la autodeterminación interna.[16]

Para Tena, lo que denomina el "dogma de la soberanía del Estado" había conducido a la separación entre el derecho internacional y el derecho interno, ya que aquél no conoce ni regula sino las relaciones entre los Estados, sin que pueda intervenir en las de cada Estado con sus súbditos, materia esta última reservada al derecho interno. Pero a su vez, las dos guerras mundiales habían revelado que la paz era incompatible con el antiguo principio de

14 Para emplear una expresión de Tena: la soberanía popular se expresa y personifica en la Constitución. *Ibidem*, pp. 11 y 16.

15 *Ibidem*, p. 27.

16 *Ibidem*, p. 31.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la soberanía absoluta y, sobre todo, dio razón a quienes sostenían que la conservación de la tranquilidad internacional depende, más que de la palabra de los gobiernos, de una atmósfera social donde imperen la libertad, la cultura y el bienestar general.[17]

El referido autor observaba cómo después de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional había empezado a dar pasos decididos para la construcción de un sistema global de protección de derechos humanos. Y esto lo interpretó como un nuevo intento de la humanidad para rescatar de la órbita del poder público la dignidad y la paz de la persona. Tena fue premonitorio al dar la siguiente visión del futuro (la versión original del libro de Tena data de 1944, y después tuvo 18 ediciones):

> Los quebrantos que el derecho internacional ha producido en el concepto de soberanía, con miras a limitar a los Estados inclusive en su poder constituyente, están lejos todavía de extirpar a una doctrina de tan hondas raíces. Y aunque la partida será ganada, a lo que parece, por el derecho internacional, podemos asegurar que hasta estos momentos el derecho positivo no ha acogido norma alguna internacional como límite jurídico del órgano constituyente.[18]

Como se verá más adelante en el presente ensayo, esta última afirmación de Tena no es sostenible en la actualidad.

B. *La soberanía según Ignacio Burgoa*

Para Burgoa no es posible imaginarse al Estado, ni concebir su implicación o consistencia, sin los conceptos de "soberanía", "poder constituyente" y "poder público". Entre estos conceptos —afirma este autor— hay una "simbiosis intelectiva", y están ló-

17 *Ibidem*, pp. 32 y 33.

18 *Ibidem*, p. 38.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

gicamente interrelacionados.[19] Y esto lo explica de la siguiente manera:

> Hemos aseverado que la nación o pueblo en sentido sociológico, como grupo humano real coherente, decide darse una organización jurídica y política, creando al derecho que a su vez da vida al Estado como persona moral. La causación de estos efectos obedece a un poder, actividad o dinámica que tiene como fuente generatriz a la misma comunidad nacional. Mediante tal poder, la nación se autodetermina, es decir, se otorga una estructura jurídico-política que se expresa en el ordenamiento fundamental o Constitución. La *autodeterminación* obviamente excluye la injerencia de cualquier sujeto distinto de la nación que pudiese imponer a ésta dicha estructura, o sea, que el poder que tiende a esta finalidad no está sujeto a ninguna potestad extraña a la comunidad nacional ni tampoco a la de cualquier grupo que dentro de ella esté comprendido. Por ello se afirma que el propio poder es soberano, en cuanto que no está sometido interior o exteriormente a ningún otro.[20]

De manera similar a Tena, Burgoa identifica el principio de soberanía popular con el poder constituyente: en cuanto que tiende a estructurar primaria y fundamentalmente al pueblo mediante la creación de una Constitución en su sentido jurídico-positivo, o sea, como un conjunto de normas básicas y supremas.[21]

Para Burgoa, la nación o pueblo, su poder soberano de autodeterminación o constituyente y el orden jurídico primario fundamental, concurren en una síntesis dialéctica para crear al Estado como institución pública suprema dotada de personalidad jurídica. El Estado tiene una finalidad genérica que se manifiesta en varios fines específicos sujetos al tiempo y al espacio. Para conseguir tal finalidad, debe el Estado estar investido de poder. Esta actividad no es sino el poder público o poder estatal que se desenvuelve en

19 Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 13a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 190.

20 *Ibidem*, pp. 244 y 245.

21 *Ibidem*, pp. 248 y 249.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

las tres funciones clásicas y se ejercitan mediante múltiples actos de autoridad. Pero el poder no es soberano, sino que está limitado por el orden jurídico (por ello es que identifica *autodeterminación* con *autolimitación*).[22]

C. *La soberanía según Jorge Carpizo*

Jorge Carpizo nos explica que la soberanía es la diferencia específica del Estado moderno. Es su característica principal y a veces su verdugo —afirma— por entregar al hombre a la opresión y a la tiranía, en lugar de ayudarlo en su lucha por conseguir la libertad.[23] Después de hacer un repaso de la idea de soberanía en connotados autores, desde Bodino y Rousseau hasta Jellinek, Kelsen y Heller (entre otros); y después de revisar el concepto de soberanía tal y como ha aparecido en los diversos documentos constitucionales que México tuvo a lo largo del siglo XIX, Carpizo nos da su interpretación del concepto de soberanía como se encuentra en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución mexicana de 1917.

De esta forma, al decir el artículo 39 que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo, se quiso señalar —nos dice Carpizo— que México, desde su independencia como pueblo libre, tiene una tradición, la cual no encadena sino que ayuda a encontrar a las generaciones presentes su peculiar modo de vivir. México es una unidad que a través de la historia se ha ido formando, y que como nación tiene una proyección hacia el futuro, sin olvidarse de su pasado y presente.[24]

Para Carpizo, la soberanía es la base de todas la demás decisiones jurídico-políticas fundamentales contenidas en la Constitución. Y en el enunciado del artículo 40 que dice: "Es voluntad

22 *Ibidem*, pp. 245, 256 y 257.

23 Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1979, p. 162.

24 *Ibidem*, p. 191.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal…", ve la idea de libertad como la idea motriz en el concepto de soberanía como está en la Constitución.[25]

Y respecto al artículo 41, nos dice Carpizo que ante la imposibilidad de la democracia directa, como en las *polis* griegas, dicho artículo expresa que la soberanía se ejerce por medio de los poderes federales y de los poderes de los estados, según las competencias que el pueblo les ha otorgado en la Constitución.

Por último, distingue Carpizo los conceptos de soberanía interna y soberanía externa. La primera, es la que se ejerce sobre una región determinada del globo terrestre, y es la línea que limita hasta dónde es aplicable válidamente el derecho de un Estado. Esta dimensión de la soberanía se manifiesta en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución mexicana (arriba referidos). Sin embargo, deplora Carpizo que dicha Constitución no contenga ninguna disposición expresa sobre la soberanía externa. Ello, no obstante, los diversos artículos de la Constitución en los que se habla de tratados internacionales (artículos 76.I, 89.X y 133), suponen el reconocimiento de que éstos sólo se dan entre Estados soberanos e iguales.[26] Es decir, al hablar de tratados, la Constitución está reconociendo la existencia de Estados soberanos e iguales, y hacer esto equivale a aceptar la noción de soberanía externa.[27]

25 Carpizo sostiene que las decisiones jurídico-políticas fundamentales de la Constitución mexicana de 1917 son: los derechos humanos, la soberanía, la división de poderes, el sistema representativo, el sistema federal, la supremacía del Estado sobre la Iglesia y el juicio de amparo. *Ibidem*, p. 192.

26 Cuando Jorge Carpizo escribió estas ideas en su libro *La Constitución mexicana de 1917* (1979), no se había adicionado el artículo 89.X de la Constitución, en el cual se señala, desde la reforma de 11 de mayo de 1988, cuáles son los principios que debe seguir el Ejecutivo federal en la conducción de la política exterior de México, entre los que se encuentran la autodeterminación de los pueblos, la no intervención, la igualdad jurídica de los Estados, entre otros.

27 *Ibidem*, p. 194.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

2. *Derecho administrativo*

A. *Los fundamentos del derecho administrativo según José Ma. del Castillo Velasco*

Del Castillo Velasco afirma que el hombre ha sido creado para vivir en sociedad, y que la sociedad necesita el ejercicio del poder público. La sociedad humana se divide en naciones independientes, cada una de ellas tiene una vida propia e intereses y conveniencias que le son particulares y, por tanto, el derecho de exigir de otras naciones que de ninguna manera intervengan en esa vida. Esos intereses y conveniencias, esa vida propia de cada nación, constituyen su independencia y su soberanía, y se componen de todas las esferas de la actividad individual y social que giran dentro de la nación y cuyas órbitas no deben chocar entre sí.[28]

Para la armonía de esas diversas esferas de actividad —afirma Del Castillo Velasco— no bastan la acción de individuos aisladamente considerados. Es tarea del poder público, y es el deber del gobierno. Así, la ciencia administrativa provee el desarrollo y perfeccionamiento del individuo y de la sociedad, a la armonía de las diversas esferas de actividad que forman una nación libre y soberana, y respeta y fomenta y asegura la actividad individual que es la base de la fuerza y del poderío de la prosperidad y engrandecimiento de las naciones.[29] Por ello es que el referido autor define al derecho administrativo como el conjunto de leyes y disposiciones que en cada nación (se entiende, soberana) forma su administración particular.[30]

28 Castillo Velasco, José Ma. del, *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, t. I, 1874. Versión facsimilar publicada por la UNAM, México, 1994, pp. 5 y 6.

29 *Ibidem*, p. 7.

30 *Ibidem*, p. 9.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

B. *El fundamento del derecho administrativo según Gabino Fraga*

El libro clásico de Gabino Fraga, define el derecho administrativo como la rama del derecho público que regula la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa. Por ello es indispensable saber en primer término en qué consiste la actividad estatal; en segundo, cuáles son las formas que el Estado utiliza para realizar esa actividad y caracterizar entre ellas a la función administrativa; y en tercero, cuál es el régimen a que se encuentra sujeta dicha actividad.[31]

En el capítulo II de su obra, se propone analizar los diversos criterios que la doctrina ha utilizado para dar fundamento y señalar el campo de aplicación del derecho administrativo. Nos explica Fraga que uno de esos criterios (predominante en el siglo XIX) es el de la existencia de la soberanía o poder público, visión según la cual es necesario un derecho especial para regular las relaciones entre el Estado y los particulares, porque tratándose de relaciones entre personas desiguales, una de ellas con voluntad superior a la de los individuos (que en eso consiste la soberanía), resulta inadecuada la aplicación del derecho privado que sólo regula relaciones entre personas con voluntades iguales. Según Fraga, esta idea se complementaba con una distinción entre los diversos actos del Estado, separándolo en dos categorías: actos de autoridad y actos de gestión. En los primeros, el Estado obra dictando órdenes, prohibiciones, reglamentaciones, imponiendo unilateralmente su voluntad, mientras que en los segundos actúa como un particular podría hacerlo en la administración de su patrimonio. A partir de esta distinción, se concluía que el derecho administrativo solamente tenía su campo en la realización en los actos de autoridad, dejando los actos de gestión bajo un régimen de derecho privado.

31 Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 26a. ed., México, Porrúa, 1987, p. 13.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Ahora bien, afirma Fraga que aun admitiendo la idea del poder soberano, es difícil admitir que el Estado tenga dos voluntades, una superior y otra igual a los particulares. Además, observa una falta de claridad en la distinción arriba referida, porque no existe ninguna actividad ejercida por el Estado de la que pueda decirse que sea inconcebible verla ejercitada por los particulares (incluso funciones de policía y justicia, que en algún tiempo han sido ejercidas por particulares). Y finalmente, nos dice Fraga que el Estado, incluso al realizar actos de gestión, siempre estará cumpliendo o ejecutando leyes y reglamentos administrativos y gozando de privilegios de los que no disfrutan los particulares.[32]

Por otro lado, Gabino Fraga considera la idea de un sector de la doctrina francesa que buscó colocar la noción de "servicio público" como fundamento, justificación y límite de la existencia del derecho administrativo. Pero desechó esta idea por limitada, al poner su atención en una sola vertiente de la acción administrativa (el servicio público) y no ver otras (como el poder de policía, el poder de fomento y el poder de intervención en la esfera de los particulares).

Propone entonces Fraga que con el concepto de *atribución* se puede sistematizar el derecho administrativo:

> …dicho concepto no excluye, sino por el contrario se compagina con las nociones de poder y de servicio público, ya que si la ley otorga la atribución al Estado es por una parte en razón de que tal otorgamiento se hace porque el Estado puede proceder en forma distinta de cómo proceden los particulares en sus mutuas relaciones y, por la otra, porque sólo el propio Estado puede prestar servicios que, o bien exceden de las posibilidades de la iniciativa privada, o bien no tienen un carácter remunerativo pero que de todos modos son indispensables para satisfacer las necesidades públicas.[33]

32 *Ibidem*, p. 21.

33 *Ibidem*, p. 24.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La noción de atribución implica un régimen especial, el del derecho público, que es exigido en la organización y funcionamiento del Estado, en tanto que éste tiene atribuciones diversas de las que corresponden a los particulares y que deben realizarse por medios de que éstos no disponen, como es "el uso del poder público de que el Estado dispone como derecho de la soberanía nacional".[34]

En cuanto a las relaciones del derecho administrativo y el derecho constitucional, nos dice Fraga que el derecho constitucional encierra todas las normas que se refieren a la estructura misma del Estado, a la organización y relaciones entre los poderes públicos y a los derechos fundamentales de los individuos. En relación con el Ejecutivo, la Constitución solamente establece las bases principales de su organización, pero no llega al detalle de la misma. El Ejecutivo (y también el Judicial) requieren para su funcionamiento de una multiplicidad de órganos secundarios, entre los que necesariamente deben existir las relaciones indispensables para conservar la unidad del poder del que forman parte. Así, el derecho administrativo es derivado del constitucional. Pero entre ellos hay diferencias importantes, si bien son más cuantitativas que cualitativas. Finalmente, concluye Fraga que las leyes que regulan en detalle la organización de las autoridades administrativas, las actividades patrimoniales del Estado y la actividad administrativa, han de tomar como base los principios constitucionales respectivos.[35]

Como se puede ver en el breve repaso que hemos hecho de las opiniones de algunos de los juristas mexicanos más connotados, el concepto de soberanía ha sido la piedra de toque del derecho público mexicano. En una síntesis general, la narrativa se podría resumir de la siguiente manera: en el momento constituyente, se manifiesta el poder soberano del pueblo, al definir una norma de la más alta jerarquía para organizar al Estado. La conexión directa con ese poder soberano es la fuente de autoridad suprema de la

34 *Idem*.

35 *Ibidem*, pp. 94-96.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Constitución y el gran título de legitimidad del poder (de los poderes constituidos). Se trata, además, de una norma que expresa la identidad de una nación (frente a otras naciones) y que establece los principios básicos de su organización política. Asimismo, de dichos principios básicos derivan normas más específicas relativas a la estructura y funcionamiento de los órganos del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). La justificación del ejercicio de poder por parte de estos órganos radica en la conexión con la Constitución, que es expresión del poder soberano. Por último, las normas que se refieren al poder Ejecutivo conforman el derecho administrativo, conectado estrechamente con el derecho constitucional, pero distinto en cuanto al objeto específico de regulación. El derecho público es así concebido como un circuito cerrado, en donde la interconexión entre los distintos componentes fluye en una trayectoria que no admite, en principio, salidas ni entradas de agentes externos.

Ahora bien, ¿qué pasa si el circuito cerrado comienza a dar señales de apertura?; ¿cuáles son las implicaciones de una posible apertura del sistema jurídico, en relación con los conceptos de soberanía, poder y autoridad públicos? En el siguiente apartado nos proponemos examinar algunos fenómenos que pueden identificarse como ejemplos de la apertura del sistema jurídico mexicano a regímenes internacionales diversos.

IV. La apertura del sistema jurídico mexicano a regímenes internacionales

En los últimos 20 años, México ha experimentado una apertura de su sistema jurídico hacia regímenes internacionales diversos. Se ha tratado de una apertura de carácter más bien sectorial, pues no ha implicado el ingreso en una estructura normativa e institucional densa y compleja como sería el caso, por ejemplo, de la Unión Europea.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Son varias las manifestaciones de la referida apertura.[36] En primer lugar, se encuentra la influencia del sistema interamericano de derechos humanos. La ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por parte de México,[37] y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH),[38] han significado la inmersión de nuestro país en una dinámica de interpretación y aplicación distinta en relación con los derechos humanos. Distinta, en la medida que se la compara con una forma tradicional de entender cómo y quién interpreta y aplica los referidos derechos en México.

El ingreso de México al sistema interamericano de derechos humanos ha significado, en primer término, la coexistencia de las "garantías individuales y sociales" ("derechos humanos" a partir de la reforma constitucional del 10 de Junio de 2011) previstas en la Constitución, con un catálogo paralelo de derechos humanos, previstos en la CADH y demás instrumentos que forman parte del sistema interamericano. Asimismo, con dicho ingreso el Estado mexicano (entiéndase incluidos todos los poderes públicos) ha adquirido el compromiso internacional de respetar los derechos y libertades contemplados en la Convención[39] y *adaptar* el derecho interno al Pacto de San José, *adoptando* " las medidas legislativas

36 Serna de la Garza, José Ma., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012.

37 México ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981, misma que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de mayo de 1981.

38 México aceptó la competencia contenciosa de la CrIDH el 16 de diciembre de 1998, misma que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de febrero de 1999.

39 Artículo 1o. de la CADH: "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".

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".[40]

En segundo lugar, otra manifestación de la apertura se puede ver en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), suscrito por los gobiernos de México, Estados Unidos de América y Canadá, que entró en vigor el 1o. de enero de 1994.[41] Como se sabe, sus objetivos principales son: la eliminación de barreras al comercio de bienes y servicios y auspiciar condiciones para una competencia justa; el incremento de las oportunidades de inversión; la protección de la propiedad intelectual; el establecimiento de procedimientos efectivos para la aplicación del Tratado y la solución de controversias; así como el fomento de la cooperación trilateral, regional y multilateral. En este rubro, cabe recordar que México ha tenido que reformar su sistema jurídico de acuerdo con los estándares del TLCAN en múltiples materias (entre las que destacan las materias de comercio exterior y régimen de la inversión extranjera).

En tercer lugar, debemos mencionar el fenómeno que Stephen Zamora ha denominado como las "presiones legislativas desde arriba", refiriéndose con ello a la influencia que instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ejercen sobre países como México, al impulsar en ellos reformas jurídicas e institucionales. En este sentido, afirma Zamora que si bien es cierto que estas actividades no implican una asignación de Poder Legislativo *per se* a las autoridades internacionales, muestran cómo la competencia legislativa se ve influida por agencias más allá de

40 Artículo 2o. de la CADH: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. 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".

41 Aquí nos hemos centrado en el TLCAN, pero en realidad México ha suscrito al menos 16 tratados o acuerdos de libre comercio más, según aparece en la página web de la Secretaría de Economía de México, *www.economia.gob.mx*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

las instituciones del gobierno nacional. E incluso, en el caso de México, afirma que estas instituciones financieras internacionales casi parecen una cuarta rama del gobierno, influyendo el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los Estados Unidos (el profesor Zamora es estadounidense) encontrarían completamente inapropiada.[42]

Puede mencionarse en esta misma línea el estudio de Sergio López-Ayllón, quien vincula buena parte de los extensos y profundos cambios jurídicos ocurridos en México a partir de la década de los ochenta (privatización, desregulación, racionalización del marco regulatorio), a recomendaciones explícitas de organismos financieros internacionales; y al tránsito de una economía cerrada a una abierta. Según López-Ayllón, esto implicó adoptar y dar mayor peso a una serie de instrumentos internacionales, lo que a su vez obligó a adaptar las normas e instituciones internas al marco jurídico externo, especialmente en los sectores más expuestos al intercambio con el exterior.[43]

Por su parte, en su estudio sobre el impacto de la globalización en la reforma del Estado en América Latina, Fix y López-Ayllón vinculan la significativa reforma institucional ocurrida en los países de la región desde el inicio de los ochenta, a los severos programas de ajuste diseñados, promovidos y monitoreados por organizaciones financieras internacionales como el BM y el FMI,

42 Zamora, Stephen, "Allocating Legislative Competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 640 y 641.

43 "Una parte importante de las modificaciones en el subsistema jurídico mexicano se explica dentro de esta dinámica, particularmente en la legislación relacionada con los distintos sectores económicos. El ejemplo más evidente de esta situación se encuentra en la legislación aplicable al comercio exterior (incluyendo la operación de las aduanas), la inversión y la propiedad intelectual. Su evolución se explica fundamentalmente en su adecuación a las nuevas condiciones de operación del modelo económico y su articulación con el marco regulatorio internacional y las obligaciones de México derivadas de éste", López-Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, México, UNAM, 1997, pp. 203-208.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

lo que en algunos casos —afirman— implicó reformas normativas sustanciales.[44]

Lo anterior nos lleva a establecer la siguiente hipótesis: frente a los fenómenos arriba referidos, la idea del Estado mexicano como una comunidad política que decide cuáles son sus normas jurídicas de manera autónoma, sin permitir injerencias externas, como si fuera un circuito cerrado, no corresponde a la realidad.

Para estimar los alcances de esta hipótesis, en la siguiente sección del presente ensayo nos proponemos examinar lo que denominamos los puntos de intersección entre los principios fundamentales previstos en la Constitución mexicana, y regímenes internacionales diversos que ya están impactando en sectores específicos del sistema jurídico mexicano.

V. Principios fundamentales y regímenes internacionales

El artículo 40 de la Constitución mexicana define cuáles son sus principios fundamentales en los siguientes términos:

> Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Ahora bien, en México se han dado diversos debates en torno a cuáles son los principios fundamentales, y si pueden o no

44 Reportan Fix-Fierro y López-Ayllón que entre diciembre de 1982 y abril de 1996, de un total de 198 leyes federales, 99 fueron renovadas, 57 reformadas (en algunos casos de manera extensa), y solamente 42, de importancia menor, permanecieron sin cambios. Es decir, cerca de 80% de la legislación federal mexicana fue totalmente nueva o modificada en un lapso de 15 años. Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, "The Impact of Globalization on the Reform of the State and The Law in Latin America", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 792-795.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ser alterados por el proceso de reforma constitucional previsto en el artículo 135 de la Constitución mexicana. En esta discusión, la doctrina ha ofrecido distintas respuestas, lo cual demuestra el grado de subjetividad que ha imperado en la discusión sobre este tema. Por ejemplo, Carpizo ha señalado que las "decisiones fundamentales" de nuestro orden constitucional son: los derechos humanos, la soberanía popular, la división de poderes, el sistema representativo, el sistema federal, la supremacía del Estado sobre las iglesias y el juicio de amparo. Además, ha señalado que dichos principios no pueden ser reformados por el poder revisor, "sino únicamente por el pueblo".[45]

Por su parte, Rabasa señala como un principio que no puede ser cambiado por el poder reformador de la Constitución, el de la forma de gobierno. Mientras que Mario de la Cueva argumenta que el poder revisor no puede modificar la esencia de la Constitución que le dio vida. Este autor no aclara cuál es dicha "esencia", aunque sugiere que los derechos individuales y sociales son parte de ella. Por último, Burgoa considera principios fundamentales la forma del Estado, la forma de gobierno, el sistema electoral, las garantías del gobernado, las garantías sociales, las garantías del trabajador, las declaraciones fundamentales en materia socioeconómica y cultural y el juicio de amparo; propone que cualquier reforma a la Constitución que afecte sustancialmente alguno de estos principios, debiera ser sometida a referéndum popular, una vez cumplido el procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional, para que entre en vigor.[46]

Para los efectos del presente ensayo, tomaremos como base los principios enunciados en el artículo 40 de la Constitución, a los que añadiremos el principio de protección de derechos humanos y

45 Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 1983, p. 280.

46 Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1968, pp. 234-237; Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 127-174; Burgoa, Ignacio, *Renovación de la Constitución de 1917*, México, Porrúa, 1994. Todas estas obras son citadas por González Schmall, *op. cit.*, p. 324.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la propiedad de la nación sobre los recursos minerales, los cuales perfectamente pueden derivarse del texto y del espíritu de la norma fundamental mexicana. Así, en las siguientes páginas examinaremos los puntos de intersección de regímenes internacionales diversos, con los principios fundamentales de derechos humanos, democracia, sistema federal, Estado laico y propiedad de la nación sobre los recursos minerales, contenidos en la Constitución mexicana de 1917.

1. *Derechos humanos*

Con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011,[47] las condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) al Estado mexicano y la "recepción" que la Suprema Corte de Justicia de México (SCJ) ha hecho de las sentencias de la Corte Interamericana (en especial a través de la decisión de la SCJ en el expediente Varios 912/2010), se han fijado nuevas coordenadas en el tema de derechos humanos en México. En la referida decisión se precisó que los juzgadores de todo el país (federales y locales) están obligados a verificar que las leyes que aplican se ajustan a la Constitución federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos (con el obligado empleo de los principios pro persona y de interpretación confor-

47 Artículo 1o. de la Constitución mexicana: "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.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley".

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

me, según lo establece el segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución mexicana).

Asimismo, la SCJ dijo que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los jueces, como parte del aparato estatal, deben velar por que sus disposiciones no se vean limitadas por disposiciones internas que sean contrarias a su objeto y fin. Por tal razón —afirmó la SCJ— el control difuso (de constitucionalidad y convencionalidad) debe realizarse entre las normas de derecho interno, en relación con la Constitución federal y la mencionada Convención, tomando en cuenta no solamente su texto sino también la interpretación realizada por la Corte Interamericana. En ese sentido, el alto tribunal resolvió que los jueces de todo el país podrán dejar de aplicar al caso concreto las normas que resulten contrarias a la Constitución federal o los tratados internacionales de derechos humanos, sin que ello implique una declaración de inconstitucionalidad, que sigue reservada a la justicia federal.[48]

La apertura hacia el régimen internacional (en este caso regional) de derechos humanos, ha tenido un impacto concreto en el principio de protección de derechos humanos de la Constitución mexicana. No estamos más en un esquema en el que los derechos humanos previstos en la Constitución forman una totalidad y un universo cerrado. Ahora, los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales suscritos por México tienen rango constitucional y pueden ser invocados directamente ante los tribunales mexicanos por quienes se sientan afectados en sus derechos. Asimismo, el principio pro persona abre al juez la posibilidad de escoger entre el derecho interno y el derecho internacional en función del mayor alcance protector que tengan las normas; y el principio de interpretación conforme exige dar un contenido a los derechos humanos de fuente interna, a la luz de los derechos contenidos en los tratados.

48 Comunicado 127/2011 de 14 de julio de 2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

El cambio de criterio de la Suprema Corte de México en relación con el llamado "fuero militar" es ilustrativo de lo que aquí se dice. En efecto, en su sentencia de 23 de noviembre de 2009, la CrIDH condenó al Estado mexicano por una serie de violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, en conexión con la desaparición de Rosendo Radilla,[49] así como a la denegación del debido proceso y acceso a la justicia respecto de éste y sus familiares. En este caso, el Estado mexicano fue condenado a indemnizar a la familia, y a investigar, perseguir y castigar a las personas responsables de la desaparición forzada del señor Radilla, así como a reformar el Código de Justicia Militar y el Código Penal Federal, para el efecto de hacerlos compatibles con las normas y estándares internacionales de derechos humanos.

Resulta importante abundar un poco más en este último componente de la sentencia del caso Radilla, puesto que la manera en que fue "recibida" y procesada por la Suprema Corte de Justicia, nos da una buena idea de los nuevos vientos que soplan en México, en relación con la protección judicial de los derechos humanos. Así, podemos recordar que del artículo 13 de la Constitución mexicana se desprende que la justicia militar se activa (tiene competencia) únicamente para procesar a miembros de las fuerzas armadas que cometan algún delito que atente contra la disciplina militar (como desacato a órdenes de superiores, motín, rebelión, traición y otros que por definición solamente pueden ser cometidos por miembros de las fuerzas armadas). La implicación de esta lectura del artículo 13 de la Constitución, es que si un militar comete un delito que no atenta contra la disciplina militar, el responsable deberá ser juzgado por los tribunales ordinarios que correspondan (es decir, los tribunales penales, sean federales o estatales).

49 El caso se refiere a la desaparición forzada de Rosendo Radilla, que tuvo lugar en Guerrero en 1974, en el contexto de la llamada "guerra sucia" conducida por el Ejército mexicano contra la guerrilla que operaba en dicha entidad federativa.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Sin embargo, el Código de Justicia Militar establece una definición de "delitos y faltas contra la disciplina militar", que extiende la competencia de los tribunales militares más allá del ámbito original y textual del artículo 13 constitucional. En efecto, el artículo 57.II.a) de dicho Código incluye como delitos contra la disciplina militar los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: "a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo".

Esta regla ha permitido que los tribunales militares asuman competencia sobre prácticamente todos los delitos cometidos por soldados en servicio. A su vez, esto ha llevado a la impunidad de soldados que han cometido delitos comunes contra la población civil: los tribunales militares han tendido a proteger a los soldados involucrados en este tipo de situaciones, porque carecen de verdadera independencia e imparcialidad.[50]

Ahora bien, en su sentencia en el caso *Radilla*, la CrIDH afirmó que la interpretación del artículo 13 de la Constitución mexicana debía 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; y consideró que el artículo 57 del Código de Justicia Militar era incompatible con la Convención Americana por lo que el Estado mexicano debía adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención.[51]

Lo anterior provocó dos efectos en México. Primero, el entonces presidente Felipe Calderón presentó una iniciativa ante el

[50] Esto ha sido afirmado en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Ana Beatriz y Celia González Pérez vs. México*, 11.565, informe núm. 53/01, pfos. 80-82, 2000. En este caso, tres mujeres indígenas de Chiapas fueron violadas y torturadas por un grupo de soldados en 1994, con el objetivo de forzarlas a confesar que ellas eran miembros de un grupo guerrillero.

[51] Véase pfos. 338-342 de la sentencia del caso *Radilla*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Congreso de la Unión, proponiendo una reforma a al Código de Justicia Militar.[52] Sin embargo, la iniciativa excluía de la jurisdicción militar solamente a tres delitos: la violación, la tortura y la desaparición forzada. En el caso de estos delitos, los soldados involucrados serían juzgados por los tribunales ordinarios que correspondiera, del fuero federal o del fuero común. No obstante, en todo otro caso en que los soldados cometieran otro tipo de delitos, "en servicio o con motivo de actos del mismo", seguirían estando sujetos a la jurisdicción militar. Este proyecto de reforma legal no prosperó y quedó "congelado" en el Senado de la República.[53]

El otro efecto de la sentencia del caso *Radilla* puede ser visto en el giro en la interpretación de la Suprema Corte al artículo 13 de la Constitución. Como ya dijimos, con anterioridad a dicha sentencia la SCJ había considerado de manera consistente que el artículo 57.II.a) del Código de Justicia Militar era constitucional. Pero en su decisión del 14 de julio de 2011 (expediente Varios 912/2010), y en clara adopción del criterio de la CrIDH en el tema, sostuvo que la jurisdicción militar debería estar limitada solamente a delitos y faltas cometidas por soldados contra la disciplina militar, y que no podía ser extendida a miembros de las fuerzas armadas que cometiesen delitos "ordinarios" cuando estuviesen en servicio.

Los párrafos 42 y 43 de dicha decisión resumen la nueva interpretación de la Suprema Corte de la siguiente manera:

> 42. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución federal, en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios

52 Enviada al Senado el 18 de octubre de 2010.

53 Aunque recientemente, fuentes del Senado (con nueva integración a partir de la elección de 1o. de julio de 2012), han manifestado la intención de retomar el tema de la reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar. Periódico *Crónica*, nota del 24 de marzo de 2013, *http://www.cronica.com.mx/notas/2013/740035.html*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante un juez competente.

43. Por tanto, el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el mismo artículo 13, conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello es así, porque al establecer cuáles son los delitos contra la disciplina militar, no garantiza a los civiles o a sus familiares que sean víctimas de violaciones a los derechos humanos, tengan la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario.

Como consecuencia de lo anterior, la SCJ ordenó que en adelante debería considerarse que el "fuero militar" no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles; y que esta nueva interpretación debería observarse en todos los casos futuros que fueran del conocimiento de este tribunal, funcionando en Pleno o en salas.

Además, el 21 de agosto de 20012 el Pleno de la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar por ser incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución mexicana. Esta nueva interpretación se ve reflejada en la siguiente tesis de la Corte:

FUERO MILITAR. EL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR VIOLA EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL.

El referido precepto ordinario, al establecer que son delitos contra la disciplina militar los del orden común o federal, cuando fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo, viola el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto éste dispone que la jurisdicción militar está acotada única y exclusivamente a los delitos y faltas cometidos contra la disciplina militar y que en ningún caso y por ningún motivo podrá extenderse sobre persona que no pertenezca al Ejército, ya que si bien es cierto que la especificación y el alcance de la expresión "disciplina militar" corresponden al legislador ordinario, quien debe precisar cuáles son esas faltas y delitos, también lo

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> es que el mandato constitucional establece dos restricciones que no permiten una libre configuración legislativa: a) está prohibida la jurisdicción militar sobre personas que no pertenezcan al Ejército; y b) cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un civil (paisano), conocerá del caso la autoridad civil que corresponda. Ahora bien, la primera restricción constitucional es contundente en determinar que la justicia militar en ningún caso podrá juzgar penalmente a un civil, cuando éste tenga el carácter de sujeto activo de un hecho ilícito, mientras la segunda implica que cuando un miembro de las fuerzas armadas cometa un delito en perjuicio de un civil, invariablemente debe conocer de la causa penal correspondiente un juez civil; de ahí que si un juez militar conociera de un proceso donde la víctima u ofendido del delito sea un civil, ejercería jurisdicción sobre dicho particular en desacato al artículo 13 constitucional.[54]

El referido ejemplo nos muestra cómo los órganos internacionales de protección de los derechos humanos convencionales (como la CrIDH), generan un discurso constitucional que interactúa con el discurso constitucional de los tribunales nacionales. Y en esta interacción, los contenidos de los derechos constitucionales se van definiendo a partir de impulsos internos y externos.

2. *Democracia*

Como ya mencionamos, México suscribió la Convención Americana de Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981; pero no reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino hasta el 16 de diciembre de 1998. Estos pasos han implicado la inmersión del país en una diferente y nueva dinámica para la interpretación y aplicación de los derechos humanos por parte de los tribunales nacionales. En algunos casos, esta dinámica incluso ha producido cambios al texto de la Constitución, como se podrá ver a continuación, a partir del examen del caso *Castañeda vs. México*.

54 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, 10a. época, libro XVIII, t. 1; marzo de 2013, p. 366.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

El 5 de marzo de 2004, Jorge Castañeda Gutman solicitó ser registrado ante el director ejecutivo de Prerrogativas y Partidos Políticos del Instituto Federal Electoral (IFE), como candidato a la Presidencia de la República para las elecciones que tendrían lugar el 2 de julio de 2006; sin embargo, el IFE denegó la solicitud, con el argumento de que el derecho a ser postulado y ser votado para ocupar un cargo de elección popular a nivel federal, sólo podía ejercerse en México a través de alguno de los partidos políticos nacionales que contaran con registro ante el IFE.[55]

Después de impugnar vía amparo la decisión del IFE por atentar contra los derechos políticos del demandante, el caso llegó en revisión a la Suprema Corte (ejerciendo ésta su facultad de atracción), órgano que básicamente confirmó la decisión del Juzgado Séptimo de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal en el sentido de que el amparo era improcedente, ya que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución era la acción de inconstitucionalidad (artículo 105, fracción II, párrafo tercero de la Constitución).

Ante esta decisión, Castañeda Gutman decidió llevar su caso a los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. Eventualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) presentó una demanda ante la CrIDH, alegando, entre otras cosas, la ausencia de un recurso simple y efectivo en el sistema jurídico mexicano para impugnar la constitucionalidad de decisiones que resulten violatorias del derecho a participar en el gobierno y el impedimento así creado para que el señor Castañeda fuese registrado como candidato independiente a la Presidencia de la República. Para la Comisión, esto constituía una violación al derecho protegido por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (derecho a la protección judicial), en

55 El IFE también fundamentó la denegación de la solicitud de Castañeda en el artículo 177, párrafo 1, inciso e) del Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales (COFIPE), según el cual el plazo para el registro de candidaturas para presidente de los Estados Unidos Mexicanos abarca del 1o. al 15 de enero del año de la elección. El señor Castañeda había presentado su solicitud el 5 de marzo de 2004, es decir, fuera del plazo indicado por la ley.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

relación con la obligación del Estado de respetar *erga omnes* la Convención.[56]

Eventualmente, la CrIDH concluyó lo siguiente:

> 131. Dado que el recurso de amparo no resulta procedente en materia electoral, la naturaleza extraordinaria de la acción de inconstitucionalidad y la inaccesibilidad e inefectividad del juicio de protección para impugnar la falta de conformidad de una ley con la Constitución, en la época de los hechos del presente caso no había en México recurso efectivo alguno que posibilitara a las personas cuestionar la regulación legal del derecho político a ser elegido previsto en la Constitución Política y en la Convención Americana. En razón de ello, la Corte concluye que el Estado no ofreció a la presunta víctima un recurso idóneo para reclamar la alegada violación de su derecho político a ser elegido y, por lo tanto, violó el artículo 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Castañeda Gutman.[57]

De esta manera, la CrIDH encontró que México había violado el derecho a protección judicial contenido en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en detrimento de Castañeda Gutman, por lo cual dispuso que:

> El Estado debe, en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legis-

56 Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

57 CrIDH, Sentencia del caso *Castañeda Gutman vs. México*, 6 de agosto de 2008, pfo. 131.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> lación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido, en los términos de los párrafos 227 a 231 de la presente Sentencia.[58]

Es importante recalcar que la CrIDH ordenó a México "completar la adecuación de su derecho interno a la Convención", debido a que en el tiempo en que dicha Corte estaba conociendo del caso, México aprobó (en anticipación a la sentencia de la CrIDH) la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, que regresó al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) la facultad ejercer el control de constitucionalidad de leyes electorales en casos concretos.[59] De esta manera, el artículo 99 de la Constitución mexicana fue adicionado en 2007 con dos párrafos que a continuación se enuncian:

> Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

58 *Ibidem*, punto resolutivo 6.

59 Decimos que se "regresó" al TEPJE este poder, porque se le había quitado a través de una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en mayo de 2002 había decidido que la Constitución no permitía al TEPJF ejercer el control de constitucionalidad sobre leyes electorales, en casos de actos y resoluciones en que éstas hubieran sido aplicadas, ya que el único control de constitucionalidad de leyes permitido por la Constitución era el control con efectos generales de competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia a través de la acción de inconstitucionalidad. Véase Tesis de jurisprudencia 25/2002, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial y su Gaceta*, Pleno, 9a. época, t. XXXI, enero de 2010, p. 20. Esta tesis quedó sin efecto por virtud de la reforma constitucional al artículo 99 de la Constitución, publicada el 13 de noviembre de 2007.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> Cuando una sala del Tribunal Electoral sustente una tesis sobre la inconstitucionalidad de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto de esta Constitución, y dicha tesis pueda ser contradictoria con una sostenida por las salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, cualquiera de los ministros, las salas o las partes, podrán denunciar la contradicción en los términos que señale la ley, para que el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decida en definitiva cuál tesis debe prevalecer. Las resoluciones que se dicten en este supuesto no afectarán los asuntos ya resueltos.

Como puede observarse, la apertura hacia el sistema interamericano de derechos humanos ha tenido ya un impacto directo sobre un elemento asociado al principio constitucional democrático: el que tiene que ver con los mecanismos de protección judicial de los derechos políticos de los mexicanos.

Por otro lado, debo mencionar también que desde 2001, México participa como Estado observador en la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia, vinculada al Consejo de Europa) y, desde febrero de 2010, pertenece formalmente a este organismo europeo. Asimismo, recientemente México sometió al escrutinio de la Comisión de Venecia su normativa en materia electoral.

En efecto, apenas el 15 de junio de 2013 la citada Comisión reconoció el avance democrático de la legislación mexicana así como el desempeño del Instituto Federal Electoral y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) en los procesos electorales. Pero también hizo recomendaciones: que la prohibición de compra de tiempo en radio y televisión para propaganda política no limite la libertad de expresión; simplificar la ley electoral y analizar la reelección inmediata de legisladores; elevar las multas contra los partidos; legislar el derecho de réplica, reforzar la participación de las mujeres en la vida política y ampliar el pluralismo en medios; recomendó también reformar su ley electoral e introducir "la posibilidad de anular las elecciones presidenciales en caso de violaciones sustanciales en la jornada electoral". Igualmente recomendó revisar las disposiciones rela-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tivas a la prohibición de la denigración de los partidos políticos o los candidatos, ya que "pueden conducir a la censura de las declaraciones críticas con el gobierno o que llaman a un cambio constitucional". Ello, añade el texto proveniente de dicha Comisión, "es la esencia del debate democrático". Y se recomendó el establecimiento de "una manera más clara y concisa para los límites de los gastos de los partidos políticos".

Por último, no puedo dejar de mencionar en este apartado la llamada "cláusula democrática", misma que de manera general, puede definirse como una condición para establecer y mantener relaciones de cooperación entre dos o más Estados: esas relaciones solamente son posibles si los Estados respectivos cumplen con los elementos que califican a un régimen político como democrático.

La primera vez que el gobierno de México aceptó este tipo de cláusula en algún instrumento internacional, fue en el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación (Acuerdo Global) entre México y la UE.[60]

En efecto, el artículo 1o. de dicho Acuerdo dispone:

> Artículo 1o. Fundamento del Acuerdo
>
> El respeto a los principios democráticos y a los derechos fundamentales, tal y como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, inspira las políticas internas e internacionales de las partes y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo.

Ahora bien, desde la perspectiva mexicana, la discusión sobre aceptar o no la cláusula democrática en el referido tratado se dio en torno a la compatibilidad o incompatibilidad de dicha cláusula con el principio de no intervención que por décadas ha guiado a la política exterior mexicana. A su vez, ese principio está vinculado

60 Suscrito el 8 de diciembre de 1997. Posteriormente el Estado mexicano suscribió la Declaración de la ciudad de Quebec de 22 de abril de 2001 (en el marco de la Tercera Cumbre de las Américas); y la Carta Democrática Interamericana de 11 de septiembre de 2001 (en el marco de la Organización de Estados Americanos). Ambos instrumentos incluyen la cláusula democrática.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

a una doctrina que por décadas fue el eje de la las relaciones exteriores de México: la Doctrina Estrada.[61]

Esta doctrina consistió, por un lado, en rechazar la práctica de reconocer o no los gobiernos que llegan al poder por un medio que no es el previsto en la Constitución, bajo la idea de que dicha práctica había sido empleada por gobiernos de algunos Estados poderosos para obtener ventajas de países débiles. Por otro lado, la doctrina postulaba que el gobierno de México se habría de limitar a mantener o retirar, cuando lo creyese procedente, a sus agentes diplomáticos, y a continuar aceptando cuando también lo considerase procedente, a los similares agentes diplomáticos que las naciones respectivas tuviesen acreditados en México, sin calificar, ni precipitadamente ni *a posteriori*, el derecho que tengan las naciones extranjeras.

De manera interesante y con detalle, Ana Covarrubias narra cómo el proceso de negociación del acuerdo con la UE ilustra la tensión que se dio entre la resistencia y el cambio con respecto a la cláusula democrática y el principio de no intervención desde la visión del gobierno mexicano, si bien eventualmente este último decidió aceptarla. Explica la autora que al iniciarse las negociaciones, la redacción de la cláusula generó diferencias entre las dos partes, de la siguiente forma: mientras la UE insistía en la leyenda: "el respeto a los principios democráticos y a los derechos fundamentales... inspira políticas interna e internacionales de las partes y constituye un elemento esencial del presente acuerdo", el gobierno mexicano pretendía eliminar la parte de política interna e incluir un párrafo en el cual se citaran la soberanía nacional y la autodeterminación del pueblo de México.[62]

En el gobierno mexicano había inquietudes acerca del grado de vinculatoriedad de la cláusula democrática y sus consecuencias

61 Genaro Estrada fue secretario de Relaciones Exteriores de México entre 1930 y 1932.

62 Covarrubias Velasco, Ana "La cláusula democrática", *Revista Mexicana de Política Exterior*, núms. 62 y 63, pp. 63-77, *www.sre.gob.mx/revistadigital/images/stories/numeros/n62-63/covarrubias.pdf*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

en la vida política del país, así como el tema de la "no ejecución" unilateral del tratado en caso de violación de la cláusula. Covarrubias refiere que en aquella discusión, un ex secretario de Relaciones Exteriores de México, Bernardo Sepúlveda, afirmaba que la posibilidad de suspender la vigencia, o la denuncia del acuerdo, creaba un clima desfavorable para la cooperación económica y el intercambio comercial, además de que permitía evaluaciones o declaraciones sobre la política interna de México por parte de la UE, que también contradecían los principios de soberanía y de no intervención, criterios esenciales de la doctrina diplomática mexicana.[63]

A final de cuentas prevaleció la idea en el gobierno mexicano de que la cláusula no representaba una presión para México, pues el país ya tenía democracia y una política favorable a los derechos humanos. Aun así, el gobierno mexicano incluyó una declaración unilateral en el acta final de los acuerdos, en los que hizo referencia a los principios tradicionales de la política exterior mexicana, entre ellos el principio de no intervención.

El texto de la declaración es el siguiente:

> La política exterior de México se fundamenta en los principios que consagra su Constitución:
>
> La autodeterminación de los pueblos.
>
> La no intervención.
>
> La solución pacífica de controversias.
>
> La proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales.
>
> La igualdad jurídica de los Estados.
>
> La cooperación internacional para el desarrollo.
>
> La lucha por la paz y la seguridad internacionales.
>
> Por su experiencia histórica y el supremo mandato de su Constitución política, México expresa su plena convicción de que sólo la observancia plena del derecho internacional es fundamento de la paz y del desarrollo. Manifiesta, asimismo, que los principios de convivencia de la comunidad internacional, como se expresan en la Carta

63 *Idem*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> de las Naciones Unidas, los principios enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los principios democráticos, son guía permanente de su participación constructiva en el quehacer internacional y son el marco de referencia en su relación con la comunidad y sus Estados miembros, regida por el presente Acuerdo, o en su relación con cualquier otro país o grupo de países.[64]

Para concluir este apartado, simplemente hemos de reiterar la idea relativa a la forma en que la dinámica del principio democrático, como un principio fundamental previsto en la Constitución mexicana, está influida por la apertura hacia regímenes internacionales como los que aquí se han mencionado.

3. *Sistema federal*

Los tribunales arbitrales del TLCAN pueden ser vistos como nuevos sitios de autoridad que reclaman capacidad regulatoria, así como autoridad jurídico-normativa superior y de última instancia, por la vía adjudicativa, en materias que tradicionalmente han pertenecido al Estado (*v. gr.*, la resolución de disputas derivadas del ejercicio de las potestades administrativas en temas de comercio exterior y protección de las inversiones y propiedades de las personas). Específicamente, podemos afirmar que los tribunales arbitrales de capítulo 11 del TLCAN (respecto a la protección de la inversión extranjera), tienen la capacidad de establecer los

64 *Acta final, relativa al Acuerdo de asociación económica, concertación política y de cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y los Estados Unidos Mexicanos; al Acuerdo interino sobre comercio y cuestiones relacionadas con el comercio entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos Mexicanos; y a la Declaración conjunta entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y los Estados Unidos Mexicanos.* 8 de diciembre de 1997. Cabe señalar que todos los principios contenidos en esta declaración unilateral de México, se encuentran incorporados en el texto de la fracción X del artículo 89 de la Constitución, desde la reforma publicada el día 11 de mayo de 1988. Con la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, se añadió otro principio: el respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos. Se trata de principios que debe seguir el Ejecutivo federal en la conducción de la política exterior de México.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

límites y marcos para el despliegue de la actividad administrativa de los tres niveles de gobierno del sistema federal mexicano, en cualquier materia que tenga el potencial de afectar inversiones extranjeras. El alcance de esta potestad es bastante amplio, si se considera no solamente el número de materias en que las autoridades administrativas nacionales pueden llegar a realizar este tipo de afectación, sino también el tipo de consideraciones de interés público que pueden estar involucradas en la decisión administrativa respectiva, por ejemplo, salud pública, protección del medio ambiente, asentamientos humanos y planeación urbanística, entre otras. Esto, a su vez, rompe con otra de las premisas básicas del modelo tradicional, que todo lo resuelve dentro del Estado (es decir, el Estado como único ente con capacidad regulatoria, dentro del territorio respectivo). Asimismo, tiene una dimensión que afecta al principio democrático, pues el esquema limita la capacidad de una comunidad para definir de manera autónoma un tema de interés público y protegerlo mediante regulación administrativa.

Los laudos de capítulo 11 pueden verse como ejercicio de poder público supranacional, pues condicionan interacciones sociales y conductas en temas de inversión extranjera, derechos de propiedad, ejercicio de poder de expropiación y competencias entre autoridades federales y locales mexicanas. En este sentido, podemos mencionar que a través de los laudos arbitrales del capítulo 11 del TLCAN (inversión extranjera), actos administrativos de autoridades mexicanas se pueden impugnar sacando la disputa del terreno jurídico nacional y llevándolo a un tribunal externo, que puede decidir sobre temas de la Constitución doméstica (expropiación, propiedad, distribución de competencias).

El caso Metalclad es bastante ilustrativo de lo que Azuela ha denominado una "nueva geografía" del sistema jurídico mexicano,[65]

65 Azuela, Antonio, "Olor a nafta: El caso Metalclad y la nueva geografía del derecho mexicano", en Caballero Juárez, José Antonio *et al*., *Sociología del derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, vol. I: *Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica*, México, UNAM, 2010, pp. 1-66.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

a saber: después del laudo de un tribunal arbitral del TLCAN que condenó al Estado mexicano a pagar una cuantiosa indemnización a la actora, un tribunal canadiense, de la provincia Columbia Británica, termina decidiendo en revisión del referido laudo, un asunto que requiere del examen e interpretación de temas vinculados con la distribución de competencias del sistema federal mexicano, el derecho de propiedad y el poder de expropiación, todos ellos, temas constitucionales. Estamos así ante una especie de "control de constitucionalidad en sede externa", lo cual es verdaderamente novedoso en nuestro derecho.

En efecto, los posibles impactos de la apertura hacia el régimen del TLCAN pueden observarse a partir del caso *Metalclad vs. México*. (ARB(AF)/97/1), resuelto en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Mecanismo Complementario). En dicho caso, el propósito de Metalclad era desarrollar y operar un confinamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera, en el municipio de Guadalcázar, estado de San Luis Potosí. Esto implicaba la obtención de diversos tipos de permisos, de parte de autoridades del nivel federal, estatal y municipal. Según se reconoció en el laudo, el gobierno federal mexicano había otorgado ya permisos federales de construcción y operación para el confinamiento y el gobierno de San Luis Potosí había otorgado un permiso de operación que implicó su apoyo político para el proyecto de confinamiento. Pero el municipio de Guadalcázar negó el permiso de construcción del confinamiento haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos.

Este último fue uno de los puntos centrales del caso en el siguiente sentido: además de los mencionados permisos que ya habían sido otorgados por los gobiernos federal y estatal, ¿se requería un permiso municipal para la construcción del confinamiento de residuos peligrosos?

Ante esta duda, el tribunal arbitral emprende un examen de la normativa mexicana en materia ambiental, y encuentra que dicha

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

materia está sujeta a un régimen de "facultades concurrentes". Bajo este tipo de régimen, una ley federal se encarga de distribuir competencias a los tres niveles de gobierno en relación con la materia ambiental. Esa Ley es la General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988, que expresamente otorga a la Federación la facultad de autorizar la construcción y operación de confinamientos de residuos peligrosos. Asimismo, el tribunal arbitral concluyó que la referida Ley limita las facultades del estado de San Luis Potosí en materia de medio ambiente a aquellas no expresamente otorgadas al gobierno federal; y que limita también las facultades del municipio en materia de medio ambiente a lo relativo a residuos no peligrosos. Por otra parte, el tribunal arbitral encontró que el artículo 115.V de la Constitución mexicana establece como facultad del municipio el otorgar licencias y permisos de construcción.

El tribunal arbitral razonó que la competencia de la autoridad federal regulaba lo que se refiere a evaluaciones y valoraciones en materia de residuos peligrosos y que la autoridad del municipio comprendía únicamente lo referente a consideraciones de construcción. Por lo tanto, el tribunal concluyó que la negativa del municipio a otorgar el permiso haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos, había sido inadecuada, como lo había sido también su negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio.

De esta manera, el tribunal arbitral concluyó que México no había cumplido con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Y que estas circunstancias en su totalidad demostraban una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo, en relación con Metalclad, que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN.

Como puede observarse, lo que hizo el tribunal arbitral en el caso Metalclad fue un escrutinio de las reglas de distribución de

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

competencias del sistema federal mexicano en la materia de medio ambiente. La conclusión del laudo respectivo en el sentido de que en dicho sistema había existido falta de orden (lo que había afectado el derecho del inversionista a recibir un trato justo y equitativo), no solamente fue parte del fundamento para condenar al Estado mexicano en el referido caso.[66] También puede ser visto como una sugerencia de reordenación de la fórmula de distribución, a fin de evitar condenas contra México en casos similares en el futuro.

Por otra parte, la apertura del Estado mexicano al sistema interamericano de derechos humanos ha tenido un impacto sobre otro aspecto del sistema federal mexicano: el federalismo judicial. Esto es así porque, como ya mencionamos arriba, la "recepción" que la Suprema Corte de Justicia de México (SCJ) ha hecho de las sentencias de la Corte Interamericana (en especial a través de la decisión de la SCJ en el expediente Varios 912/2010), se han fijado nuevas coordenadas en el tema de derechos humanos. Y entre las novedades está el hecho de que la SCJ ha determinado que todos los juzgadores del país (federales y de las entidades federativas) están obligados a verificar que las leyes que aplican se ajustan a la Constitución federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Según la SCJ —ya mencionamos esto arriba, pero consideramos necesario reiterarlo— el control difuso (de constitucionalidad y convencionalidad) debe realizarse entre las normas de derecho interno, en relación con la Constitución federal y la mencionada Convención, tomando en cuenta no solamente su texto sino también a la interpretación realizada por la Corte Interamericana. En ese sentido, el alto tribunal resolvió que los jueces de todo el país podrán dejar de aplicar al caso concreto las normas que resulten contrarias a la Constitución federal o los tratados internaciona-

66 La condena ascendió a 16 millones de dólares.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

les, sin que ello implique una declaración de inconstitucionalidad, que sigue reservada a la justicia federal.[67]

Pues bien, esta resolución de la SCJ rompe con un esquema de control concentrado, que por décadas negó a los jueces de las entidades federativas ejercer un control de constitucionalidad de las leyes que aplicaban en los casos concretos de los que conocían. Como se sabe, dicho esquema estaba consagrado en dos tesis de jurisprudencia de la SCJ, identificadas como P./J. 73/99 y P./J. 74/99:

> Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación.
>
> La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres poderes de la Unión deben observar la ley suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa *ex profeso*, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación.[68]
>
> Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución.
>
> El texto expreso del artículo 133 de la Constitución federal previene que "Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Consti-

67 Comunicado 127/2011 de 14 de julio de 2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

68 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 18. tesis de jurisprudencia P./J. 73/99.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> tución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este alto tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia carta magna para ese efecto.[69]

Ahora bien, las "nuevas coordinadas" en materia de derechos humanos que ahora existen en México, llevaron a que el ministro presidente de la SCJ presentara la solicitud de modificación de las dos tesis de jurisprudencia arriba anotadas,[70] misma que se discutió y votó en la sesión del Pleno de 25 de octubre de 2011. El razonamiento central de dicha solicitud fue el siguiente:

> En ese tenor, a juicio de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, el criterio plasmado en las tesis jurisprudenciales cuya modificación se solicita ha perdido su asidero constitucional, ya que los mandatos constitucionales contenidos en los párrafos segundo y tercero antes transcritos dan lugar a concluir, atendiendo al principio de supremacía constitucional derivado de lo previsto en los artículos 15, 29, párrafo último, 40, 41, párrafo primero y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que los jueces del Estado mexicano, al conocer de los asuntos de su competencia, deben hacer prevalecer los derechos humanos reconocidos en esa norma fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea

69 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, pleno, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 5, tesis de jurisprudencia P./J. 74/99.

70 Solicitud de cambio de jurisprudencia 22/2011.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

parte, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan preverse en los ordenamientos que les corresponda aplicar para resolver los asuntos de su competencia.[71]

Por unanimidad de 11 votos, el Pleno de la SCJ determinó que quedaran sin efecto las referidas tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99. Con esta resolución, se ha despejado el camino para una modificación estructural y de alto calado del federalismo judicial mexicano, en el sentido de una decidida apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos, que ahora será, junto con la Constitución, parámetro para el ejercicio de control de regularidad normativa del sistema jurídico mexicano, a cargo de todos los jueces, federales y de las entidades federativas.

4. *Estado laico*[72]

La reforma constitucional publicada el 30 de noviembre de 2012, define expresamente al Estado mexicano como laico. En mi opinión, ya desde antes de la referida reforma podía entenderse perfectamente que el Estado mexicano era laico. Ese fue precisamente uno de los objetivos principales de las luchas del liberalismo mexicano en el siglo XIX, que eventualmente llevó a la Constitución de 1857 y las "Leyes de Reforma". Principio que fue ratificado por el Constituyente de Querétaro en 1917. De manera más precisa, considero que el carácter laico del Estado mexicano, como principio constitucional fundamental, podía derivarse del artículo 3o. constitucional (la educación que imparta el Estado será laica y por tanto se mantendrá ajena a cualquier doctrina re-

71 Solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, pleno, Décima Época, libro III, diciembre de 2011, p. 536.

72 Serna de la Garza, José Ma., "Laicidad y derecho internacional de los derechos humanos", en Salazar, Pedro y Capdevielle, P. (coords.), *Colección de Cuadernos Jorge Carpizo, Para Entender y Pensar la Laicidad*, México, UNAM, núm. 20, 2013.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ligiosa), del artículo 24 y del 130 de la Constitución mexicana (tanto en su versión original como en el texto reformado en 1992).

Ahora bien, ¿por qué decidió el poder reformador de la Constitución plasmar de manera expresa el carácter laico del Estado mexicano? La respuesta solamente puede encontrarse en la historia reciente de conflictos entre dos posturas que desde hace ya varios años se vienen enfrentando en diferentes escenarios de la vida política y constitucional del país. En mi opinión, esta serie de conflictos inicia en 1992, cuando varias de las reglas constitucionales contenidas en los artículos 3o. y 130 de la Constitución fueron modificadas. Entre otras cosas, y como bien se sabe, con las reformas de aquel año la personalidad jurídica de todas las iglesias fue reconocida. Además, con ellas los ministros de culto adquirieron el derecho a votar en los procesos electorales (si bien no gozan del derecho de voto pasivo). Asimismo, con la reforma de 1992 el deber de las escuelas privadas de impartir educación laica en los niveles de enseñanza primaria, elemental y superior fue eliminado, así como la prohibición de las corporaciones religiosas y ministros de culto de participar en la creación o administración de escuelas primarias.

Hubo razones políticas que explican estas reformas: la elección de 1988 fue muy disputada y controvertida, y terminó con acusaciones de fraude electoral y la sombra de ilegitimidad de quien resultara ganador (Carlos Salinas). Bajo estas circunstancias, una vez en la presidencia, el titular del Ejecutivo buscó estrategias para contrarrestar su debilidad política original: al parecer, el presidente de la República decidió hacer una concesión a una fuerza social y política clave, como es la Iglesia católica, capaz de generar importante apoyo político. De esta manera, la reforma constitucional de 1992 puede entenderse como una importante respuesta a algunas de las demandas históricas de la jerarquía católica.

Como ha explicado Blancarte, la reforma de 1992 ha permitido a las iglesias adoptar una relación diferente con el Estado. La carencia de personalidad jurídica en el esquema anterior les limitó enormemente y les dejó en situación de vulnerabilidad, sujetas

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

como estaban a la discrecionalidad de las autoridades en la materia.[73] Sin embargo, hoy día pueden actuar en política sin temor y con pocos límites, y pueden desplegar su considerable influencia social para hacer avanzar su agenda (particularmente la Iglesia católica por la fuerza que ésta tiene en comparación con otras asociaciones religiosas). Esto puede ser observado específicamente en el conflicto sobre el aborto,[74] y en la controversia sobre la llamada "píldora del día siguiente".[75]

No es este el espacio para hacer un análisis de estos casos. Simplemente nos limitaremos a mencionar que en la argumentación jurídica sobre libertad religiosa y Estado laico en México, empieza a aparecer el elemento internacional. Tal fue el caso, por ejemplo, de los argumentos presentados por quienes impugnaron la decisión de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las 12 semanas después de la concepción. La PGR y por el presidente de la CNDH, alegaron que la ley impugnada era contraria al derecho a la vida del producto de la concepción previsto en la Constitución general (según su dicho), así como a una serie de instrumentos internacionales ratificados por México, como la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de

73 Blancarte, R., "Churches, Believers, and Democracy", en Selee, A. y Peschard, J. (eds.), *Mexico's Democratic Challenges, Politics, Government and Society*, Washington-Stanford, Woodrow Wilson Center Press-Stanford University Press, 2010, p. 293.

74 En mayo de 2007, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, aprobó una reforma al Código Penal y a la Ley de Salud, ambas del Distrito Federal para despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las 12 semanas después de la concepción. La reforma fue impugnada a través de dos acciones de inconstitucionalidad (146/2007 y 147/2007), presentadas por la Procuraduría General de la República y por el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

75 En mayo de 2010, el gobernador de Jalisco interpuso una controversia constitucional (54/2009) contra la norma oficial federal sobre salud (número 046) que establecía la obligación de las autoridades estatales de salud de ofrecer a toda mujer que hubiese sido víctima de violación, la llamada "píldora del día siguiente" (como un método anticonceptivo de emergencia).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En contraste con estos argumentos, una mayoría de ocho ministros de la Suprema Corte decidió que:

a. El derecho a la vida no estaba expresamente establecido en la Constitución.[76]
b. Ningún instrumento internacional ratificado por México reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto, ni determina el momento específico en el que el deber de proteger tal derecho comienza; lo que hacen dichos instrumentos es establecer una serie de garantías para prohibir la privación arbitraria de la vida y reglas para prohibir la pena de muerte.
c. El artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos no puede ser entendido en el sentido de que establezca el derecho a la vida del producto de la concepción, desde el momento de ésta. Este artículo dispone que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Para la mayoría de la Corte, el término "en general" fue introducido en este artículo para propiciar la ratificación de la Convención Americana tanto por los Estados que querían proteger la vida desde el momento de la concepción, como por aquellos que no querían hacerlo desde ese momento.
d. Además, la mayoría de la Corte señaló que cuando México había ratificado la Convención en 1981, había formulado una declaración interpretativa sobre el tema a discusión, en los siguientes términos:

76 Este argumento, que sorprendió a muchos, es ejemplo del formalismo con el que en muchas ocasiones se ha manejado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus decisiones.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

e. "Con respecto al párrafo 1 del artículo 4o. considera que la expresión 'en general' usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida 'a partir del momento de la concepción', ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los estados".[77]

f. No existe mandato alguno en la Constitución o en ningún instrumento internacional ratificado por México que establezca la obligación de las legislaturas federal o de las entidades federativas de criminalizar el aborto. Además, la existencia de derechos fundamentales no implica el deber de criminalizar una conducta que les afecte. Así, incluso si se aceptase que la vida está constitucionalmente protegida, esto no significa que las legislaturas tienen el deber de imponer una sanción penal en relación con conductas que afecten la vida. El legislador democrático puede despenalizar aquellas conductas que de acuerdo con su juicio no merecen más estar castigadas con una sanción penal.

g. El derecho a la vida puede ser regulado por la correspondiente legislatura, de conformidad con sus competencias y facultades: la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene la facultad de aprobar y reformar su Código Penal; y bajo el régimen de concurrencia en el ámbito de salud, dicha Asamblea tiene la facultad de regular la atención médica a la mujer durante el embarazo, así como definir las medidas de planificación familiar que considere pertinentes.

Por todas estas razones, la reforma legal impugnada fue declarada constitucional. Pero tratando de ver más allá de estas disputas constitucionales específicas, considero que en los próximos años veremos una serie de conflictos por darle un contenido más preciso al concepto de Estado laico, ahora incorporado al texto

77 El 26 de septiembre de 2011 el presidente Felipe Calderón (del PAN) presentó ante el Senado una propuesta para retirar la declaración interpretativa en relación con el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

constitucional. En el entendido de que detrás de esos conflictos veremos siempre ideologías y actores precisos, que tienen interpretaciones distintas de la historia de México, así como visiones diversas acerca del presente y el futuro del país (y del papel de la religión en la elaboración de políticas públicas). Pero también veremos cómo se entrelazan los contenidos de la Constitución mexicana con los dos instrumentos básicos que establecen los estándares convencionales de la libertad de conciencia y de religión: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos o PIDCP (artículo 18);[78] y la Convención Americana de Derechos Humanos o CADH (artículo 12).

Cabe aclarar, no obstante lo anterior, que hoy por hoy no existen estándares definidos en el sistema interamericano sobre la libertad de creencias y de religión. Los precedentes sobre el tema en el sistema interamericano son más bien escasos. Como afirma Fernando Arlettaz, los dos órganos fundamentales del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Comisión y la Corte, se han referido en su actividad a la libertad religiosa. La Corte lo ha hecho en un caso contencioso;[79] y la Comisión ha

78 Es importante recordar en cuanto a esta libertad la Observación General núm. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 18. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993).

79 Se trata del caso "La última tentación de Cristo" (caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*). Como se recordará, en su consideración sobre la libertad religiosa, la Corte expresó: "79. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película "La última tentación de Cristo" no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias". En relación con la libertad de expresión, la Corte encontró probado que en Chile existía un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica había prohibido en principio la

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

analizado el estado de la libertad religiosa en el continente americano a través tanto de sus informes anuales como de los específicos en relación con determinados países y de los casos puestos a su consideración a partir de comunicaciones de particulares, entre otros documentos.[80]

Pero regresando a la problemática mexicana, cabe señalar que en rigor técnico, la reforma constitucional de 30 de noviembre de 2012 que define a la República mexicana como laica, no era necesaria, puesto que dicho carácter ya podía desprenderse perfectamente de diversos artículos de la Constitución. Sin embargo, las Constituciones no se reforman únicamente por razones y consideraciones técnicas. Como documento jurídico-político que la Constitución es, dicha reforma expresa una inquietud política de parte de un amplio sector de la sociedad mexicana (tan amplio como lo permite suponer el tamaño de los consensos que se requieren para reformar la Constitución, con mayorías calificadas en ambas cámaras del Congreso de la Unión y la mayoría de las legislaturas estatales).

La referida inquietud política se da en el contexto de una serie de conflictos entre la jerarquía católica y diversos sectores y actores de la sociedad mexicana en relación con los temas del aborto, la "píldora del día siguiente", la clonación terapéutica y la legalización de la unión de personas del mismo sexo, entre otros. Con la adición constitucional, el poder revisor de la Constitución buscó, entre otras cosas, evitar que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos e impedir cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales.

exhibición de la película "La última tentación de Cristo, por lo cual consideró que el Estado chileno había violado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana. Sentencia del 5 de febrero de 2001.

80 Arlettaz, Fernando, "La libertad religiosa en el sistema interamericano de derechos humanos", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año I, núm. 1, 2011, p. 39.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Ahora bien, como ya afirmamos, a partir de la adición constitucional de 30 de noviembre de 2012, la noción de Estado "laico" será un parámetro de control de la constitucionalidad de normas generales y de actos de autoridad del sistema jurídico mexicano. Pero ese concepto ha entrado a formar parte de un sistema de reglas y principios contenidos en la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en México, que habrán de influir en la determinación de su significado. En el futuro veremos más episodios del enfrentamiento entre las posturas que se han opuesto en los temas de salud pública, derechos reproductivos, derecho familiar como los que arriba hemos reseñado, pero lo harán en un marco novedoso.

Novedoso, porque ahora el concepto expreso de República laica está en la Constitución, y también porque estamos ante el surgimiento de un nuevo paradigma de los derechos humanos en nuestro país, en el cual el derecho internacional de los derechos humanos habrá de jugar un papel muy importante, junto con los derechos previstos en la Constitución. Veremos entonces la continuación de los conflictos, en una especie de lucha por definir el contenido y alcance del carácter laico de la República, así como de las libertades de conciencia y de religión tal y como están previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos de los que México es parte. En esta lucha, consideramos que el tema de cuáles son los límites legítimos que el derecho internacional de los derechos humanos admite sobre las referidas libertades, ocupará un lugar preponderante.

5. *Propiedad de la nación sobre los recursos minerales: el caso del petróleo*

La Constitución de 1917 dispuso que toda la riqueza mineral del país estaría bajo el "dominio directo" de la nación.[81] Esta definición revirtió la legislación preexistente, misma que otorgaba

81 Artículo 27, pfo. 4 de la Constitución.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la propiedad del subsuelo, y específicamente de los yacimientos petrolíferos a quien fuera propietario de la superficie. Sin embargo, desde 1917 en adelante la aplicación del artículo 27 fue suavizada bajo presión extranjera: el presidente Carranza permitió a las compañías petroleras continuar con sus actividades como si no hubiera habido ningún cambio en la normativa.[82] Así sucedió con el petróleo y el resto de los hidrocarburos, hasta 1938, año en el que la industria petrolera, en manos de un grupo de empresas extranjeras (Estados Unidos, Reino Unido y Holanda), fue expropiada por el presidente Lázaro Cárdenas.

La expropiación del petróleo fue el resultado de la escalada de un conflicto entre los trabajadores de la industria petrolera y las empresas extranjeras. Los primeros exigían mejores condiciones de trabajo, mientras que las segundas se resistían alegando falta de recursos para satisfacer las demandas de los trabajadores. Después de una serie de huelgas, el presidente Cárdenas se ofreció para mediar el conflicto. Las compañías interpusieron varias demandas ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, buscando que las huelgas fueran declaradas ilegales. Pero la Junta decidió en favor de los trabajadores. A su vez, las compañías petroleras interpusieron un amparo contra la decisión de la Junta, pero la Suprema Corte de Justicia confirmó la decisión, misma que ordenaba a las compañías a pagar a los trabajadores alrededor de 26 millones de pesos por concepto de "salarios caídos".[83] Las compañías se rehusaron a cumplir con la orden de la Corte, y amenazaron con paralizar la producción de petróleo y con llevarse su capital del país.

Para hacer frente a esta situación, el presidente Cárdenas decidió expropiar todas las reservas e instalaciones de las empresas petroleras extranjeras que operaban en México. El decreto de 18 de marzo de 1938 fue justificado sobre la base de la facultad de

82 Macmahon, A. W. y Dittmar, W. R., "The Mexican Oil Industry since Expropriation", *Political Science Quarterly*, vol. 57, núm. 1, 1942, pp. 28-50.

83 "Salarios caídos" son los que debieron haberse pagado durante el tiempo que duró la huelga.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

expropiación por causas de utilidad pública prevista en el artículo 27 de la Constitución. El decreto mencionó la negativa de las compañías a cumplir con un laudo de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, así como los efectos negativos que la actitud de las compañías tendría en las relaciones obrero-patronales en el sector. Asimismo, el decreto se refirió a las consecuencias para la economía nacional en caso de que la producción petrolera fuese paralizada.

En el mismo tono que la expropiación petrolera, el 9 de noviembre de 1940, el artículo 27 de la Constitución fue reformado para prohibir las concesiones en dicho sector. A partir de ese momento, la industria petrolera entera estaría en manos del gobierno federal, a través de la empresa pública creada específicamente para tal propósito: Petróleos Mexicanos (Pemex). A su vez, dicha prohibición fue reforzada el 20 de enero de 1960, con otra reforma al artículo 27, por la que se prohibió no solamente las concesiones sino todo otro "contrato" en la industria petrolera expropiada. Esta reforma fue aprobada porque a través de distintos tipos de contratos, empresas privadas nacionales y extranjeras todavía podrían participar en algunos segmentos de la industria, lo cual iba en contra del espíritu de la reforma de 1940 arriba mencionada.

La expropiación de la industria petrolera puede ser vista como una pieza fundamental de la estrategia del desarrollo económico basada en una creciente intervención del Estado en la economía, misma que fue seguida por los gobiernos mexicanos hasta comienzos de los ochenta del siglo XX. Sin embargo, por una serie de razones, que no hemos de discutir en este espacio, esa estrategia entró en un periodo de agotamiento desde la década de los setenta, colapsando en la década siguiente, tal y como lo muestran la crisis de la deuda de 1982. Ante esta situación, la administración del presidente Miguel de la Madrid (1982-1988) introdujo una serie de reformas económicas que buscaron cambiar la estrategia de desarrollo económico, siguiendo de cerca las recomendaciones de las instituciones financieras internacionales: ajuste estructural, privatización de empresas públicas, devaluación de la moneda, reducción del sector público.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Administraciones posteriores profundizaron las reformas iniciadas por Miguel de la Madrid. Sin embargo, la nueva estrategia de desarrollo económico entró en conflicto con una serie de principios constitucionales que se refieren al control de la nación sobre la riqueza mineral (que era la base de la estrategia anterior). A su vez, este conflicto ha tomado la forma de una serie de confrontaciones ideológicas y políticas sobre cuáles son los criterios adecuados para administrar los recursos naturales de México, lo que ha llevado a diversas batallas legales y judiciales.[84] Dos ejemplos ilustran lo aquí afirmado: uno se refiere a los llamados "contratos de servicios múltiples" diseñados por la administración del presidente Fox (2000-2006), que tenían la finalidad de permitir la participación de inversionistas privados en algunos segmentos de la industria petrolera. El otro tiene que ver con los debates sobre la reforma legislativa del presidente Calderón (2006-2012), que ha buscado introducir una serie de cambios importantes en la industria petrolera para permitir la participación del sector privado.

En el presente ensayo no pretendemos hacer una reseña de los intentos por abrir el sector petrolero a la inversión privada. Simplemente nos limitaremos a dar algunos ejemplos de recomendaciones hechas por organismos de la "gobernanza global", en el referido sentido. Con ello pretendemos ilustrar la manera en que ciertas instancias internacionales buscan influir en el cambio de políticas públicas en México, lo cual implica cambios en un principio fundamental previsto en la Constitución, como lo es el de la propiedad de la nación sobre los recursos minerales del país.

Por ejemplo, hacia finales de 2006, el Fondo Monetario Internacional (FMI) recomendó a la administración federal que iniciaría su labor a partir del 1o. de diciembre de dicho año, emprender "reformas estructurales ambiciosas", entre las cuales se encontraba la posibilidad de que el sector privado participara en las inversiones que realiza Petróleos Mexicanos (Pemex) y la modificación del esquema tributario existente en México. Asimismo, y de

84 Esto también ha sucedido en relación con la industria eléctrica, como veremos más adelante.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

manera más específica, el FMI también planteó la conveniencia de modificar la estructura de gobierno de dicha empresa estatal, debido a que, según el organismo, en su forma actual representa una limitación para mejorar su desempeño.[85]

Por su parte, en 2013 la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) presentó un estudio en el que ofrece una visión global sobre las fortalezas y debilidades de la economía mexicana, así como recomendaciones para que el país logre un mayor crecimiento y supere el elevado nivel de pobreza. En materia energética, la OCDE sugirió promover un entorno más competitivo con incentivos de mercado que permita elevar la eficiencia de Petróleos Mexicanos (Pemex), lo cual significa permitir la entrada al sector de nuevos participantes (sector privado). La OCDE afirmó que México debe llevar más lejos la reforma energética de 2008 que dio más autonomía y flexibilidad a Pemex, y que convendría aprobar una enmienda constitucional que permita compartir los riesgos y beneficios con el sector privado.[86]

Por último, en febrero de 2013 el Banco Mundial (BM) aseveró la necesidad de una reforma que promueva la seguridad energética nacional, porque —consideró— es lamentable que pese a contar con un amplio potencial de hidrocarburos, el país importe petrolíferos y gas tanto natural como LP. Asimismo, la directora del organismo para México y Colombia, Gloria M. Grandolini, dijo que tal reforma "permitirá fortalecer al sector, promover la seguridad energética y el abasto nacional, además de reducir la vulnerabilidad de la economía mexicana al garantizar un suministro suficiente de energéticos". Por su parte, Ariel Yépez, economista senior del sector energético del BM, consideró necesarias reformas que permitan complementar las inversiones en el sector con financiamiento proveniente de la iniciativa privada en actividades no estratégicas. Y señaló que la limitación de recursos para

85 Monitor de IFIs en América Latina, 25 de octubre de 2006, *http://ifis.choike.org/esp/informes/510.html*

86 CNNExpansión, 16 de mayo de 2013, *http://www.cnnexpansion.com/economia/2013/05/16/pemex-debe-compartir-riesgo-con-ip-ocde*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

invertir en la exploración y producción de petróleo y gas y para expandir la capacidad de refinación pondría en riesgo las perspectivas de abastecimiento de hidrocarburos en México en el largo plazo. En este sentido, planteó que la iniciativa privada podría participar en el transporte y distribución de hidrocarburos y atraer mayores fuentes de financiamiento, aumentar la productividad y promover mejores prácticas operativas y comerciales. Por último, la economista anotó que la iniciativa privada puede participar en la generación y distribución de electricidad; producción, transporte, distribución y comercialización de petrolíferos y procesamiento y distribución de gas natural y LP.[87]

Todas estas recomendaciones abogan, en el fondo, por una reforma constitucional, dado que el esquema vigente impide la participación del sector privado en la mayor parte de la industria petrolera. Este esquema deriva de un principio fundamental de la Constitución mexicana, que pronto podría cambiar, en razón de impulsos internos y externos, como los que acabamos de mencionar.

VI. Conclusión

En vista de los desarrollos anteriores, ¿cómo debiéramos entender las estructuras fundamentales del derecho público en México hoy? En mi opinión, el análisis de los puntos de cruce entre los principios fundamentales de la Constitución mexicana y diversos regímenes internacionales en los que el Estado mexicano se encuentra inmerso, nos lleva a concluir que ya no se puede entender el derecho público vigente en el territorio mexicano únicamente a partir de la Constitución. Como ya hemos apuntado, la idea del Estado mexicano como una comunidad política que decide cuáles son sus normas jurídicas de manera autónoma, sin permitir injerencias externas, como si fuera un circuito cerrado, no corresponde a la realidad. Incluso puede afirmarse que la interpretación y

87 *El Economista*, 3 de febrero de 2013, *http://eleconomista.com.mx/industrias/2013/02/03/reforma-energetica-disminuiria-vulnerabilidad-economica-bm*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

evolución de los principios fundamentales hoy, se insertan en una dimensión supranacional, internacional y comparada.

Lo anterior tiene un impacto sobre el principio de soberanía que, como hemos visto, ha sido la piedra de toque del derecho público mexicano. La narrativa que describe al poder soberano (pueblo)-poder constituyente-Constitución-derecho público (normas y órganos) como si fuera un circuito cerrado, ya no se sostiene en sus términos. El circuito cerrado comienza a dar señales evidentes de apertura, y esto exige revisar las posibles implicaciones en relación con los conceptos de soberanía, poder y autoridad públicos. La doctrina tiene ahora el reto y la responsabilidad de proporcionar una imagen de la soberanía desde la perspectiva de un Estado abierto a regímenes internacionales; apertura que ha tenido la finalidad de fortalecer funciones del Estado en la atención y solución de problemas que el Estado, solo, no puede resolver de manera eficaz.

¿Significa esto que hay que deshacernos del principio de soberanía? De ninguna manera. El principio de soberanía sigue siendo un concepto importante, simplemente porque el Estado nación no está desapareciendo, ni se está disolviendo su poder de regulación y de organización de las conductas sociales en razón de los fenómenos identificados con la globalización. En este sentido, diríamos junto con un importante grupo de investigación de la Universidad de Bremen, que el Estado retiene actualmente sus características básicas como Estado territorial, Estado constitucional, Estado nación democrático y Estado intervencionista, si bien cada vez más comparte responsabilidades en la provisión de seguridad física y jurídica, autodeterminación democrática y bienestar social con instituciones al nivel internacional. En otras palabras, no consideramos que el Estado ha perdido capacidades regulatorias y operacionales, si bien reconocemos que ya no tiene el monopolio sobre su ejercicio. Al parecer, en la mayoría de los casos, los Estados están entrelazados con nuevos sitios de responsabilidad.[88]

[88] Hurrelmann, Achim *et al*. (eds.), *Transforming the Golden-Age Nation State*, MacMillan, 2007, p. 199.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En términos de Held, los Estados siguen siendo actores poderosos, pero ellos mismos han contribuido a la creación de una diversidad de agencias, organizaciones y regímenes internacionales con las que hoy comparten la arena global. Existen además entidades no estatales y organismos transnacionales que también participan intensamente en la política global. Todo esto genera un panorama más complejo del ordenamiento regional y global, que va más allá de versiones convencionales de un orden mundial basado en el Estado y relaciones entre Estados soberanos.[89]

En el caso de México, los efectos de la apertura del Estado se presentan de manera particularmente intensa en el ámbito de los derechos humanos. De esta manera, los órganos internacionales de protección de los derechos humanos convencionales (como la CrIDH), generan un discurso constitucional que interactúa con el discurso constitucional de los tribunales constitucionales nacionales, lo cual permite hablar de pluralismo constitucional.

Desde la perspectiva del discurso, estamos ante un cambio que merece ser señalado. Dicho cambio se refiere a la circunstancia apuntada por Kjoer, en el sentido de que el contexto usual del discurso jurídico había sido hasta tiempos relativamente recientes el Estado nacional y el sistema jurídico nacional. Sin embargo, hoy el discurso constitucional, ya no está confinado al sistema jurídico nacional. Al contrario, se trata de un discurso que cada vez más trasciende las fronteras nacionales.[90]

Con esto, se están sentando las bases para generar cambios en los sistemas jurídicos nacionales y en su lenguaje jurídico-constitucional. Como afirma Kjær:

89 Held, David, "¿Hay que regular la globalización? La reinvención de la política", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, 2003, p. 37.

90 Kjær, Anne Lise, "A Common Legal Language in Europe?", en Hoecke, Mark Van (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, USA, Hart Publishing, pp. 377-398. En específico, la autora centra su atención el cómo el cambio en el discurso legal puede provocar cambios hacia la convergencia de los sistemas jurídicos nacionales y sus lenguajes en Europa.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> Cuando el discurso jurídico se convierte en internacional, cuando la argumentación jurídica ya no está confinada a los sistemas jurídicos nacionales, cuando los actores jurídicos entran en una comunidad interpretativa internacional, se han puesto los cimientos para un cambio en el significado de conceptos jurídicos nacionales que reflejan lo que pasa en un discurso jurídico internacional y transcultural.[91]

Por otra parte, desde la perspectiva de los agentes productores de discurso constitucional, estamos, por un lado, ante un fenómeno de diálogo-competencia en la interpretación de fuentes normativas que se entrecruzan, por regular, en ciertos ámbitos, las mismas materias (Constituciones nacionales y DIDH). Como ya mencionamos, dichos agentes son órganos localizados en distintas sedes, cada uno de los cuales ejerce un control sobre determinada porción o parcela de un esquema complejo de protección de derechos humanos, que se da en niveles distintos. Un esquema en el que, además, ninguno de los órganos involucrados tiene un control total y completo sobre el conjunto, sobre su operación, funcionamiento, eficacia y resultados. Se trata, en suma, de un escenario de pluralismo interpretativo.

Por último, hay que hacer notar la novedad de este contexto en relación con la ciencia jurídico-constitucional, cuyo objeto se encuentra más allá del Estado nacional. En este sentido, se ha venido debilitando la ciencia jurídica-constitucional habitualmente centrada en una sola fuente: la Constitución nacional. Hoy día —como sostiene Armin von Bogdandy respecto de Alemania— el estándar de la investigación de calidad debe afrontar los problemas desde una perspectiva más amplia, que tome en cuenta los regímenes internacionales en los que el Estado mexicano se encuentra inmerso.[92]

91 *Ibidem*, p. 394.

92 Bogdandy, Armin von, "Historia y futuro del derecho constitucional en Europa", en Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público*, México, UNAM, 2011, pp. 5 y 6.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DESPUÉS DE LA APERTURA DEL ESTADO: UN ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA ALEMANA[1]

Armin von Bogdandy

I. Los principios fundamentales como área de investigación hoy en día

1. *El surgimiento de un nuevo derecho público*

El texto de José María Serna discute la apertura del ordenamiento jurídico mexicano presentando la transformación del concepto de soberanía y la evolución de los principios constitucionales mexicanos. Deja abierto cuáles podrían ser los cambios ulteriores a raíz de la apertura y también como se puede entender la nueva constelación "multinivel". Éste texto empieza donde aquél acaba, presentando la situación en Alemania, un país que inició su proceso de apertura 40 años antes que México. Seguramente el desarrollo de este fenómeno en México no será como en Alemania. No obstante, la presentación de la situación actual en Alemania puede proporcionar material útil para la reflexión sobre la apertura en México, y, a lo mejor, en otros países latinoamericanos.

Hasta hace poco tiempo, el fenómeno de la autoridad pública se limitaba, tanto en Alemania como en México, a las institucio-

[1] La versión original este trabajo se publicó en idioma alemán bajo el título "Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen Handbuch des Staatsrechts", Dritte Auflage, Josef Isensee, Paul Kirchhof (eds.), *XI 29 Internationale Bezüge*, C.F. Müller, Heidelberg 2013, pp. 275-304. Traducción de Ximena Soley, Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nes del Estado. Hoy en día la situación es distinta. La convivencia social se ve afectada de manera significativa por instituciones supranacionales e internacionales, probablemente en Alemania mucho más que en México, ya que éste país es miembro de la Unión Europea. Aunado a esto, existe una apertura sin precedentes hacia los actos soberanos de otros Estados. Esta europeización e internacionalización ha cambiado profundamente el derecho público en el territorio alemán. El presente ensayo estudia este cambio haciendo un análisis de los principios fundamentales que permean e informan todo el derecho público vigente en Alemania. Pretende demostrar que el proceso de apertura puede llevar a una constelación en la cual los principios fundamentales gozan de mejor protección que en la constelación nacional por sí sola.

Al mismo tiempo este texto ofrece poco conocimiento firme y seguro debido al estado actual de la materia. Estamos siempre ante un nuevo inicio, como lo comprueban las muchas propuestas terminológicas para abarcar este nuevo fenómeno, éstas son, entre otras: derecho de la humanidad,[2] derecho cosmopolita,[3] derecho global,[4] derecho mundial,[5] derecho mundial interno

2 Jenks, Clarence Wilfred, *The Common Law of Mankind*, London, 1958; Tomuschat, Christian, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law", *Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1999*, núm. 281, 2001, p. 88, "constitution of humankind".

3 Benhabib, Seyla, "The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms", en Benhabib, Seyla and Post, Robert (eds.), *Another Cosmopolitanism*, Berkeley, Tanner Lectures, 2004, Oxford, 2006, p. 13; Brunkhorst, Hauke, *Solidarität: Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, 2002; Kant, Immanuel, "Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf", en Vorländer, Karl, (ed.), *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, 1964, p. 115, 133 y ss.

4 Domingo, Rafael, *The New Global Law*, Cambridge, 2010; Cassese, Sabino, "The Globalization of Law", *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 37, 2005, p. 973.

5 Delmas-Marty, Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, 1998; Emmerich-Fritsche, Angelika, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, 2007; Di Fabio, Udo, "Verfassungsstaat und Weltrecht", *Rechtstheorie*, núm. 39, 2008, p. 399.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

(*Weltinnenrecht*),[6] derecho transnacional.[7] Tal cacofonía es síntoma de incertidumbre. Además dichas propuestas al día de hoy son sólo eso, propuestas no desarrolladas, y seguramente no están en capacidad de guiar al razonamiento jurídico concreto en la complejidad de nuestro mundo. Sin duda alguna, hay una carencia de textos jurídicos que den un orden al vastísimo material normativo y una orientación a los operadores jurídicos, es decir faltan doctrinas fuertes. Esto también es cierto para el derecho público en el espacio jurídico europeo.[8] No hay una doctrina, un sistema, o un gran tratado de este nuevo derecho público que pueda guiar a la práctica y que sea de alguna manera comparable a la doctrina del derecho del Estado, o del derecho público, las cuales han sido desarrolladas en los últimos 100 años en muchos Estado europeos. La producción de semejantes textos parece estar más allá de nuestras posibilidades, o por lo menos más allá del horizonte de nuestro tiempo. Una doctrina de este tipo ni siquiera existe para el mucho mejor delimitado derecho internacional: no por casualidad la *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*[9] es eso, una enciclopedia, con 11,724 páginas, 1,618 entradas y más de 800 autores todos con ideas muy distintas, y no constituye un "sistema", es decir, un orden complejo articulando todo el material según unos cuantos principios de manera coherente.

La carencia de tales textos no se debe a una falta de interés académico en el asunto. Por ejemplo, los estudiosos del derecho

6 Delbrück, Jost, "Perspektiven für ein 'Weltinnenrecht'? Rechtsentwicklungen in einem sich wandelnden internationalen System", en Jickeli, Joachim *et al* (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, p. 793; Habermas, Jürgen, *Der gespaltene Westen: Kleine politische Schriften*, 2004, pp. 143, 159 y ss.

7 Jessup, Philip C., *Transnational Law*, New Haven, 1956; Zumbansen, Peer, "Transnational Law", en Smits, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2006, pp. 738 y ss.

8 Algunos impulsos en este sentido lo ofrecen la Asociación Europea de Derecho (Societas Iuris Publici Europaei/SIPE) o la *European Public Law Association*. Sobre las raíces en la historia constitucional Dieter Gosewinkel/Johannes Masing, *Die Verfassungen in Europa 1789-1949*, 2006.

9 Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012, 10 vols.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

público alemán se han interesado desde siempre por la integración de Alemania en contextos más amplios.[10] El tema ha sido coyuntural desde el cambio de siglo y existen excelentes estudios al respecto.[11] A estas alturas del desarrollo, se puede por lo menos afirmar un hecho importantísimo. Con cierta seguridad podemos aseverar, por lo menos en lo que concierne al espacio jurídico europeo, que los principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho, y hasta de la democracia son relevantes de alguna manera para todo ejercicio de autoridad pública que influya en este espacio.[12] Lo que no se debe olvidar es que esto no es más que otro punto de partida, y en la elaboración de este "de alguna manera" se halla la tarea de generaciones de juristas, politólogos, filósofos políticos.

Ante este trasfondo, el presente artículo explica en primer lugar su entendimiento de esta nueva área de investigación; en segundo, esboza los principios pertinentes, y finalmente examina su interacción. El análisis llevado a cabo se basa en ciertos supuestos desarrollados en estudios anteriores sobre el nuevo derecho público.[13] Los supuestos se pueden formular de la siguiente manera:

10 En este sentido se pueden mencionar las distintas conferencias sobre el tema de los profesores de los países de habla alemana del derecho de Estado (*Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*) y los artículos en el Manual del Derecho de Estado (*Handbuch des Staatsrechts*).

11 *Cfr*. Sauer, Heiko, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, 2008; Payandeh, Mehrdad, *Internationales Gemeinschaftsrecht*, 2010; Kleinlein, Thomas, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012.

12 Esto era completamente diferente hace 20 años. Compárese con Randelzhofer, Albrecht, "Zum behaupteten Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft", en Hommelhoff, Peter and Kirchhof, Paul (eds.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, 1994, pp. 39 y 40.

13 Bogdandy, Armin von, "Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses", *Der Staat*, núm. 39, 2000, p. 163; traducción italiana "L'europeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?", en Zagrebelsky, Gustavo *et al* (eds.), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Gius. Laterza & Figli, Rom, 2003, pp. 272-298; *id*, "Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos Teóricos y Doctrinales", en Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, 2011, p. 123; *id*, *El derecho internacional como derecho público*, p. 93; *id*, *Configurar*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Como consecuencia de la europeización e internacionalización de Alemania, en tanto que Estado miembro de la UE, el derecho público vigente en su territorio ya no se puede entender únicamente a partir de su constitución, la Ley Fundamental. Más bien, es necesario tomar en cuenta también el derecho de la Unión, el derecho internacional y el derecho de otros Estados, sobre todo el de aquellos que forman parte del espacio jurídico europeo.[14] Esto modifica el ámbito de aplicación de los principios fundamentales de la Ley Fundamental e influye en su significado. La interpretación y evolución de los principios fundamentales de la constitución nacional hoy se insertan en una dimensión supranacional, internacional y comparada.

Las instituciones nacionales, supranacionales e internacionales no forman un ente único, como sí lo es el *Gesamtstaat* en Alemania, constituido por la federación y los *Länder*; el Estado en España, formado por el Estado central y las comunidades autónomas; la República italiana, formada, según el artículo 114 de la Constitución, por todas las instituciones republicanas desde los municipios hasta el Estado. Al mismo tiempo, debido a la europeización e internacionalización de Alemania, las autoridades públicas internacionales, supranacionales y estatales están tan íntimamente relacionadas entre ellas, que a menudo la legitimidad del ejercicio de autoridad pública alemana sólo puede ser determinada en este contexto más amplio. Un problema de legitimidad de una autoridad pública afecta la legitimidad de las decisiones de otras autoridades públicas. El apego a los principios se convierte así en un asunto de interés común.

la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público, p. 283, *id*, "El derecho internacional como derecho público: prolegómeno de un derecho de los mercados financieros", en Martín y Pérez de Nanclares, José (ed.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 57-79.

14 Véase Bogdandy, Armin von, "La ciencia jurídica nacional en el espacio jurídico europeo. Un manifiesto", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 2012) 94, pp. 13-28.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Tal legitimidad se basa en algunos principios fundamentales compartidos. Los ya mencionados principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho, y de la democracia son relevantes de alguna manera para todo ejercicio de autoridad pública que influya en este espacio.[15] Sin embargo, a pesar de que estos principios llevan la misma denominación, están arraigados en ordenamientos jurídicos distintos y son independientes en su vigencia y significado. Por lo tanto, estos principios crean puntos de referencia para discursos comunes, legitiman la interdependencia y permiten elaboraciones que abarcan los distintos ordenamientos. Estos ordenamientos se respaldan entre sí. Al mismo tiempo, el contenido específico de estos principios puede variar. Además, tales principios pueden justificar la resistencia a la pretensión de validez de un acto proveniente de un orden normativo distinto. Estos principios son, entonces, tanto la base para construcciones comunes como para conflictos. En resumen, son de suma importancia para entender y construir la interacción entre los distintos órdenes normativos.

II. El ejercicio de la autoridad pública como objeto de investigación

1. *La transformación del concepto de soberanía*

El punto de partida de este ensayo es la constatación de un cambio evidente. Mientras que hasta inicios de los años noventa del siglo pasado el derecho del Estado, o el derecho público nacional, abarcaban la totalidad del núcleo básico de la autoridad pública en los Estados miembros de la UE a partir de los principios de las respectivas constituciones, esto hoy ya no es así debido al impacto de ciertas instituciones internacionales y supra-

15 Sobre la pregunta del rol de la charia en el derecho constitucional de los Estados musulmanes El Fadl, Abou, "The Centrality of Shari'ah to Government and Constitutionalism in Islam", en Grote, Rainer and Röder, Tilmann (eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Oxford, 2012, p. 35.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nacionales, ancladas en otros ordenamientos jurídicos. En el caso específico de Alemania: los principios de la Ley Fundamental[16] no fundamentan la potestad de emitir reglamentos de la Unión Europea, de imponer sanciones del Consejo de Seguridad o la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como sí proveen el fundamento para el ejercicio de autoridad pública de las instituciones alemanas.

El principio de soberanía provee un marco más preciso para ilustrar este cambio en la estructura básica del derecho público. El entendimiento tradicional que se tiene del Estado y del orden internacional, del derecho del Estado y del derecho internacional, es decir, del conjunto de aspectos aquí analizados, ha sido desarrollado a partir del concepto de soberanía. Este concepto es fundamento tanto de la doctrina jurídica como de la teoría de la legitimación. Según Georg Jellinek todo "puede ser explicado por medio de la soberanía y a partir de la soberanía".[17] A pesar de todos los problemas que acarrea el concepto clásico de soberanía, al igual que todos los conceptos abstractos, éste ha tenido una fuerza analítica y normativa ejemplar. La soberanía, entendida como soberanía interna del Estado, es el fundamento de su autoridad para crear normas jurídicas y denota su poder real superior frente al resto de los ámbitos sociales.[18] La soberanía, entendida como soberanía popular, justifica esta autoridad y ese poder por tratarse de

16 "Artículo 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia] 1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. 2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. 3) El Poder Legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes Ejecutivo y Judicial, a la ley y al derecho. 4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso."

17 Jellinek, Georg, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, 1882, ed. e introd., Walter Pauly, 1996, pp. 16 y ss., cita en la p. 36 ("*durch die Souveranitäat und aus der Souveranität erklärt werden*"); Walter, Pauly, *ibidem*, pp. VII y ss.

18 Randelzhofer, Albrecht, "Staatsgewalt und Souveränität", *HStR*, vol. II, 2004 (1987), § 17, nota marginal 25, 35 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la realización del principio democrático.[19] La soberanía dirigida hacia fuera, es decir, la soberanía internacional, protege lo antes descrito como un "escudo"[20] y fundamenta la validez del derecho internacional público de la misma manera que la del derecho del Estado: a partir de la voluntad del Estado. En resumen, gracias al principio de soberanía, el Estado crea un universo normativo a través de su ordenamiento jurídico.

El principio de soberanía caracterizó tanto la estructura del derecho del Estado como la del derecho internacional, pero en dimensiones diametralmente opuestas. Mientras que el derecho del Estado tiene una estructura vertical, de carácter señorial, la estructura del derecho internacional es una horizontal, de cooperación. Debido a este trasfondo conceptual existen pocos principios comunes al derecho público nacional y al derecho internacional público, a pesar de contar con normas como la del artículo 38(1) (c) del Estatuto de la CIJ en el derecho internacional, y los artículos 25 de la Ley Fundamental, 10 de la constitución italiana, 29 de la constitución irlandesa, o el 153 de la constitución eslovena, en el derecho nacional. Los principios generales del derecho, en el sentido del artículo 38(1) (c) del Estatuto de la CIJ se nutren, sobre todo, de institutos del derecho privado, como por ejemplo el de *pacta sunt servanda*, el de la buena fe, o el del deber de indemnización.[21] Inclusive los derechos humanos son difíciles de cuadrar dentro de esta rúbrica.[22] La carencia de principios comunes no es sólo un asunto entre los ordenamientos jurídicos estatales e inter-

19 Heller, Hermann, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, 1927; Volkmann, Uwe, "Setzt Demokratie den Staat voraus?", *AöR*, vol. 127, 2002, pp. 575, 577 y 582.

20 Sobre la noción de la soberanía como escudo, Bleckmann, Albert, *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*, 1970, p. 166.

21 Clásico Lauterpacht, Hersch, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, 1927.

22 Mosler, Hermann, "General Principles of Law", en Bernhardt, Rudolf (ed.), *EPIL*, Bd. II, Amsterdam-Lausanne-New York-Oxford-Shannon-Tokyo, 1995, pp. 511, 518 y ss., mostrando una apertura cautelosa hacia los derechos humanos.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nacionales: el principio tradicional de soberanía permite además que se produzcan ordenamientos muy diversos a nivel estatal, es decir, un pluralismo radical.

Ciertamente, el principio clásico de soberanía no se exalta tan pronunciadamente en la Ley Fundamental como en otros órdenes constitucionales.[23] A pesar de esto, la teoría del Estado alemana, así como la doctrina de su derecho del Estado se basa, en su gran mayoría, en el concepto de soberanía: Rainer Wahl acuciosamente señaló que la constitucionalización del ordenamiento jurídico fue el gran proyecto normativo de los primeros 40 años de la República Federal,[24] es decir, la creación de un universo normativo, el ordenamiento alemán, que realizara sus principios. Esta importancia del concepto de soberanía se evidencia también en el entendimiento predominante de las reglas generales de derecho internacional del artículo 25 de la Ley Fundamental,[25] en la atención limitada a los fallos del TEDH que imperó por un largo tiempo[26] y en la escasa importancia del derecho comparado para la jurisprudencia de los más altos tribunales.[27] En el 2009, el fallo del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Tratado de Lisboa

23 Se puede pensar en el significado fundamental del principio de la soberanía parlamentaria en el Reino Unido, sobre este punto Loughlin, Martin, "Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Großbritannien", en Armin von Bogdandy *et al* (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, § 4, núm. 75, vol. I, 2007; Olivier Jouanjan, Francia, "Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Frankreich", *ibidem*, § 2, núm. 100 y ss.

24 Wahl, Rainer, *Herausforderungen und Antworten – Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, 2006.

25 "Artículo 25 [derecho internacional y derecho federal] Las reglas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal", en Christian Koenig *et al*, *GG II*, artículo 25 notas marginales 32 y ss.; Herdegen, Matthias, en Maunz/Dürig, Komm. z. *GG IV*, artículo 25, notas marginales 36 y ss. Haciendo un estudio de derecho comparado: Stephan Hobe en: Friauf/Höfling, *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, vol. II, artículo 25, notas marginales 37 y ss.

26 Frowein, Jochen Abr., "Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht", *DÖV*, núm. 19, 1998, p. 806.

27 Sauer, Heiko, "Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht", *Journal für Rechtspolitik*, núm. 18, 2010, p. 194.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

dotó al principio de soberanía con una nueva y directa eficacia jurídica.[28] Al mismo tiempo, este fallo puso en evidencia la erosión del principio al afirmar que la soberanía protege únicamente la esencia de lo más esencial, lo absolutamente inalienable, aquello que bajo ninguna circunstancia se le puede delegar a un órgano o institución no alemana. Así, el principio de soberanía cesó de ser el fundamento único del constructo doctrinal o legitimatorio. Más aún, la soberanía está al servicio de otros principios. Mientras que el concepto tradicional de soberanía, según Georg Jellinek, era de orden fundacional, es decir, constituía una justificación en sí misma, actualmente la soberanía está sujeta a principios superiores, ya sea la libre determinación de los pueblos o los derechos humanos. Cada vez más, el concepto de soberanía se torna en concepto funcional, perdiendo así su carácter fundacional.

2. *La autoridad pública de las instituciones supra e internacionales*

Sin lugar a dudas, el principio de soberanía, tanto en el derecho del Estado, como en el derecho internacional y en las teorías sobre la legitimidad, sigue siendo de gran importancia.[29] No obstante, a raíz de una serie de cambios, este principio ya no debería ser *la* única base para comprender y construir la estructura fundamental de la autoridad pública.[30] La europeización y globalización soca-

28 Compárese con Schorkopf, Frank, "The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon", *German Law Journal*, núm. 10, 2009, pp. 1219, 1223 y ss.; Kottmann, Matthias and Wohlfahrt, Christian, "Der gespaltene Wächter? Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im Lissabon-Urteil", *ZaöRV*, núm. 69, 2009, pp. 443, 460 y ss.

29 Grimm, Dieter, *Souveränität: Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, 2009; Ulrich, Haltern, *Was bedeutet Souveränität?*, 2007; Ingeborg, Maus, Über Volkssouveränität*: Elemente einer Demokratietheorie*, 2011.

30 Aquí no se hablará sobre el cambio en el entendimiento del Estado a lo interno. Sobre ese tema véase Auby, Jean-Bernard, "Die Transformation der Verwaltung und des Verwaltungsrechts", en Bogdandy, Armin von *et al.*, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, § 56, vol. III, 2010. A saber: no se afirma que el

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

van la famosa premisa del principio clásico de soberanía según la cual los Estados crean "comunidades independientes".[31] Eyal Benvenisti capta este fenómeno con una imagen sugestiva: la vieja soberanía se asemejaba al derecho de propiedad sobre un gran fundo, separado de otras propiedades por ríos o desiertos, mientras que la nueva soberanía se asemeja al derecho de propiedad sobre un pequeño apartamento en un gran edificio en donde viven 200 otras familias.[32] Éste es el trasfondo del fenómeno de inmediata relevancia para este artículo: muchas instituciones supra e internacionales afectan y dan forma a las interacciones sociales en Alemania con tal magnitud y autonomía, que la concepción tripartita de la soberanía no puede, por sí sola, ser el único fundamento de una doctrina fuerte ni de una teoría convincente de la legitimidad.[33] Parece más plausible entender a estas instituciones supra e internacionales como titulares de la autoridad pública en razón del impacto que tienen sobre relaciones sociales concretas. Dicho de otra manera: el ejercicio de la autoridad pública es la característica estructural fundamental que las instituciones estatales comparten con las instituciones supra e internacionales.

Esta calificación constituye un paso esencial para determinar los principios que las instituciones estatales, supra e internacionales comparten, ya que solo tiene sentido hablar de principios comunes cuando existen suficientes puntos de comparación. Llegamos así a un resultado parecido al del derecho constitucional

principio de soberanía ya no juega ningún papel; esto sería insostenible, compárese con el fallo de la CIJ del 3 de febrero de 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, núm. 57.

31 Clásicamente en el Caso Lotus de la Corte Permanente de Justicia Internacional, CPJI, de 7 de noviembre de 1927, *The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey*, series A, núm. 10, 1927, p. 18 ("independent communities").

32 Benvenisti, Eyal, "Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders", *American Journal of International Law*, núm. 107, 2013, p. 295.

33 Vesting, Thomas, "Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes", *VVDStRL*, núm. 63, 2004, p. 41.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

global[34] o bien del derecho administrativo global,[35] pero con otra base conceptual que permite evitar algunos problemas graves. Al mismo tiempo hay que subrayar que el concepto de "autoridad pública supranacional" o bien "autoridad pública internacional" no es pacífico, sino más bien requiere de considerables innovaciones conceptuales.[36] La comprensión tradicional de la autoridad pública se basa en el concepto de poder estatal que a su vez se caracteriza por el monopolio estatal de la violencia y por el dominio real sobre el propio territorio. Ya que ni las instituciones supranacionales ni las internacionales disponen de estos dos elementos, se debe definir "autoridad" de manera más amplia a la tradicional[37] para poder incluir a estas instituciones. La propuesta

34 Véase Klabbers, Jan *et al*, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009; Kleinlein, *op. cit*., p. 10; Klabbers, Jan, "Constitutionalism Lite", *International Organizations Law Review*, núm. 1, 2004, p. 31; Weiler, Joseph H. H., "Dialogical Epilogue", en Grainne de Burca and Weiler, Joseph H. H. (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, 2011, pp. 262 y ss.

35 Kingsbury, Benedict *et al.*, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, núm. 2, 2005, p. 15; Schmidt-Aßmann, Eberhard, "Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen", *Der Staat*, núm. 45, 2006, p. 315; sobre los problemas Bogdandy, Armin von, "Prolegomena zu Prinzipien internationalisierter und internationaler Verwaltung Matthias, en Hans-Heinrich Trute *et al*. (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, p. 683.

36 Más en detalle Bogdandy Armin von *et al*., "El derecho internacional como derecho público: prolegómeno de un derecho de los mercados financieros", en José Martín y Pérez de Nanclares (ed.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, 2010, p. 57; Bogdandy, Armin von y Goldmann, Matthias, "The Exercise of International Public Authority Through National Policy Assessment", *IOLR*, núm. 5, 2008, p. 241; sobre eso *Encarna Carmona Cuenca*, Noticia de libros, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2012, pp. 347, 351; Martin Binder, Michael *et al*., "International Authority and Its Politicization", *International Theory*, núm. 4, 2012, p. 69; Grimm, Dieter, *Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, 2012.

37 La palabra definición se entiende aquí como el desarrollo de suficientes elementos conceptuales que comprendan las constelaciones más importantes. Nuestro objetivo no es establecer una definición que comprenda la totalidad de las constelaciones. Hans-Joachim Koch and Helmut Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, 1982, p. 75.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

consiste en entender a la autoridad pública como la capacidad legal de *determinar* a otros y de reducir sus libertades, es decir, de configurar *unilateralmente* su situación jurídica o de facto. Esta determinación puede, en primer lugar, llevarse a cabo por medio de actos jurídicamente vinculantes. En ese caso estaríamos ante el supuesto menos problemático.[38] Un acto es jurídicamente vinculante cuando modifica la situación jurídica de otro sujeto jurídico, sobre todo cuando una acción contraria a ese acto es ilegal.[39]

Tomando en cuenta la manera en que funcionan muchos de los mecanismos de la así llamada gobernanza global (*global governance*) el concepto de autoridad pública no debería limitarse a los actos jurídicamente vinculantes. El derecho pretoriano de los tribunales internacionales *case law* es en nuestros días una de las muchas maneras por medio de las cuales se determina la situación de terceros. En los últimos 20 años los tribunales internacionales han adquirido un rol significativo en el desarrollo del derecho internacional, precisamente en ámbitos de enorme relevancia para el derecho interno (por ejemplo: los derechos humanos, el derecho penal, o el derecho económico).[40] Lo mismo aplica para los actos jurídicamente no vinculantes de las organizaciones internacionales en la medida en que estos condicionen a otros sujetos de derecho. Existe condicionamiento cuando un acto presiona a otro sujeto a hacer o abstenerse de hacer algo y cuando

38 Similar Michael Barnett y Duvall, Raymond, "Power in Global Governance", en Barnett, Michael y Duvall, Raymond (eds.), *Power in Global Governance*, Cambridge, 2005, pp. 1 y 8; Möllers, *Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, 2005, pp. 81 y ss.

39 Un ejemplo de tal determinación jurídica lo constituye la decisión sobre el estatus de refugiado por el ACNUR, véase Smrkolj, Maja, "International Institutions and Individualized Decision-Making: An Example of UNHCR's Refugee Status Determination", en *German Law Journal*, núm. 9, 2008, p. 1779.

40 Sobre la creación del derecho llevada a cabo por los tribunales internacionales y su problemática, véase Bogdandy, Armin von and Venzke, Ingo (eds.), "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", en *German Law Journal*, núm. 12, 2011, p. 979. Los problemas específicos del poder público ejercido por los tribunales internacionales no será analizado en más detalle en el marco de esta contribución.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

esta presión solo puede ser resistida con dificultad.[41] Un ejercicio de la autoridad pública de este tipo es la fijación de estándares no-vinculantes que son cumplidos, entre otras razones, debido a que los beneficios de su cumplimiento superan los perjuicios de su incumplimiento (por ejemplo: los estándares de la OCDE para evitar la doble imposición),[42] o bien porque cuentan con mecanismos para imponer sanciones o repartir beneficios que aseguran su cumplimiento (por ejemplo: el Código de Conducta para la Pesca Responsable de la FAO).[43] Asimismo, los sujetos de derecho también pueden ser condicionados por actos que no posean ninguna cualidad deontológica pero que disponen de un poder comunicativo del cual los destinatarios solo se pueden sustraer a un gran costo, ya sea una pérdida de reputación o una pérdida monetaria (por ejemplo: los datos estadísticos de los informes PISA).

Esta ampliación del concepto de autoridad pública se puede justificar, sobre todo, a partir de las teorías que explican la comunicación social y sus efectos reales. Ciertamente, el impacto debe superar cierto umbral. Esto ocurre cuando un acto viene aparejado con mecanismos que efectivamente exigen al destinatario su toma en consideración. De este tipo de actos hay muchos: las organizaciones internacionales han demostrado ser extraordinariamente creativas en este aspecto.[44]

Este entendimiento amplio del concepto de autoridad pública se basa en la conclusión empírica de que muchos actos emitidos

41 Muy reveladora en este sentido es la discusión acerca del derecho canónico de la Iglesia Católica en el siglo XXVII, Duve, Thomas, "Katholisches Kirchenrecht und Moraltheologie im 16. Jahrhundert. Eine globale normative Ordnung im Schatten schwacher Staatlichkeit", en Kadelbach, Stefan and Günther, Klaus (eds.), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Frankfurt, Campus, 2011, pp. 147, 159-166.

42 Reimer, Ekkehart, "Transnationales Steuerrecht", en Möllers, Christoph *et al*. (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, p. 181.

43 Jürgen, Friedrich, "Legal Challenges of Nonbinding Instruments: The Case of the FAO Code of Conduct for Responsible Fisheries", *German Law Journal*, núm. 9, 2008, p. 1539.

44 Bogdandy, Armin von *et al*. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, 2010.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

por instituciones supranacionales e internacionales pueden limitar la libertad individual y la libre determinación de los pueblos de manera muy similar a los actos vinculantes de los órganos estatales. Al mismo tiempo, su cumplimiento lo demanda la constitución alemana: de la Ley Fundamental y su principio de Estado de derecho, se deriva el deber jurídico de cumplir con un acto vinculante de una institución supra o internacional.[45] Además, a menudo, la libertad jurídica de optar por incumplir un acto que únicamente condiciona es una mera ficción.[46] Finalmente, este concepto amplio de autoridad pública se basa en una consideración fundamental: cuando el derecho público, de conformidad con la tradición liberal democrática, se entiende como un orden para proteger la libertad individual y posibilitar la libre determinación de los pueblos, cualquier acto que afecte estos valores, ya sea este vinculante o no, debe, por principio, ser abarcado por el concepto de autoridad pública en la medida en que los efectos sean lo suficientemente significativos para despertar dudas fundadas sobre su legitimidad. Al mismo tiempo hay que enfatizar que la calificación de un acto como ejercicio de autoridad pública no implica su legitimidad. En contraste con Joseph Raz[47] aquí se separa el concepto de legitimidad del de autoridad. El concepto de autoridad sirve para identificar fenómenos que necesitan ser enmarcados por un régimen de derecho público, nada más.

Por supuesto, esta ampliación conceptual es una definición y por lo tanto no es obligatoria bajo ninguna tesitura. Es más, sigue

45 Así lo consideró el Tribunal Federal Constitucional Alemán en su decisión Görgülü de 10 de marzo de 2004, BVerfGE 111, 307, sobre la jurisprudencia del TEDH; BVerfGE 22, 293 sobre el derecho de la (en ese entonces) Comunidad Económica Europea.

46 Desde la perspectiva de las ciencias poíticas véase Similar Michael Barnett and Duvall, Raymond, "Power in global…", *cit*.; Abbott, Kenneth W. and Snidal, Duncan, "Hard and Soft Law in International Governance", *International Organization*, núm. 54, 2000, p. 421; Lipson, Charles, "Why are some International Agreements informal?", *International Organization*, núm. 45, 1991, p. 495.

47 Raz, Joseph, *The Authority of Law*, 1979, pp. 28 y ss.; McDougal, Myres, Laswell, Harold, "The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order", *AJIL*, núm. 53, 1959, p. 9.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

siendo posible explicar todo a partir del principio tradicional de soberanía, de situar a la voluntad del Estado como punto central y de entender a la autoridad pública únicamente como autoridad estatal. La base convencional de todo acto supranacional e internacional permite sustentar esta visión más limitada de la autoridad pública. Las teorías y doctrinas correspondientes, sin embargo, ignoran en qué medida los otros órdenes normativos pueden afectar las interacciones sociales y corren el gran riesgo de no entender y acompañar estos fenómenos importantes.

A la luz de este concepto ampliado de la autoridad, también los actos de algunos entes privados pueden ser relevantes dado que afectan la libertad. Aquí se puede pensar en las clasificaciones de las agencias de calificación de riesgos, en las decisiones sobre el emplazamiento y estructura de ciertas grandes compañías, o bien en las medidas que los padres toman respecto de sus hijos. Pero, ¿cuándo es que el ejercicio de la autoridad se convierte en un fenómeno de autoridad pública? Se puede entender que la autoridad supranacional e internacional es pública cuando se basa en una competencia que hubiese sido conferida por medio de un acto realizado junto con otros actores públicos —en general por los Estados— para cumplir con una tarea pública que precisamente estos actores entienden como tal y cuya caracterización como tal les es permitida.[48] El carácter público del ejercicio de la "autoridad" depende así de su fundamento jurídico. Por consiguiente, las instituciones aquí analizadas ejercen autoridad pública la cual les ha sido conferida por comunidades políticas sobre la base de actos jurídicos (de carácter vinculante o no). Lo contrario al ejercicio de la autoridad pública es la realización de la libertad individual, la cual no requiere de ninguna otra justificación.[49]

48 Algunos autores colocan al cumplimiento de tareas públicas en el centro de sus planteamientos. Veáse Ruffert, Matthias, "Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts", en Möllers, Christoph *et al*. (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, p. 395. Preferimos partir del concepto de poder público y calificarlo haciendo referencia a los intereses públicos.

49 Esto no impide obligar a actores privados, sobre todo a las empresas, a cumplir con los derechos humanos, compárese con el artículo 9o.(3) de la Ley Fundamental. Para otros planteamientos a nivel global compárese con *OECD*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Esta definición de autoridad pública reúne muchas ideas de la ciencia jurídica, de las ciencias políticas y de la teoría política. La autoridad pública supranacional se ejerce por medio de los actos legislativos de la Unión, los actos administrativos de la Unión y las decisiones de la justicia europea.[50] Afirmar que la Unión Europea ejerce autoridad pública parece ser hoy en día indisputable, si bien el debate respectivo emplea el concepto más técnico de competencia. Pero también la autoridad de las instituciones de la gobernanza global[51] cada vez más se plantea dentro de esta lógica, como lo evidencia la introducción de conceptos como el de *lawmaking* por parte de las instituciones internacionales,[52] el de un derecho administrativo "internacional" o "global",[53] así como el de una justicia internacional, y hasta el de una justicia penal internacional.[54]

Por supuesto que esta definición de "lo público" es más bien formalista y no agota el significado que este concepto ha adquirido en la tradición constitucional occidental. En los Estados liberales democráticos, lo público se asocia con el deber de las instituciones públicas de servir al bien común y de acatar principios fundamentales,[55] es decir, a diferencia de una banda de ladrones,

Guidelines for Multinational Enterprises y las *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*; *Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, UN Doc*. A/HRC/17/31 (21.3.2011) (de John Gerard Ruggie); Ruggie, John Gerard, "Bussiness and Human Rights: The Evolving International Agenda", *AJIL*, núm. 101, 2007, p. 819.

50 Bitter, Stephan, *Die Sanktion im Recht der Europäischen Union*, 2011.

51 Rosenau, James N.," Governance, Order, and Change in World Politics", en Rosenau, James N. and Czempiel, Ernst-Otto (eds.), *Governance without Government*, Cambridge 1992, p. 1.

52 Álvarez, José, *International Organizations as Law-makers*, Oxford, 2005.

53 Hans-Joachim Koch and Helmut Rüßmann, *Juristische...*, *cit*.

54 Meyer, Frank, *Strafrechtsgenese en Internationalen Organisationen*, 2012, pp. 601 y ss.

55 Friedrich, Carl J., *Constitutional Government and Politics*, New York, 1950, pp. 247 y ss.; Loewenstein, Karl, *Political Power and the Governmental*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de ser legítimas. Las expectativas de este tipo no se deberían concebir como parte del concepto de autoridad pública, sino más bien como principios independientes (*infra* A.III).[56] Usar el término autoridad pública como concepto fundamental común, tanto para las instituciones estatales como para las supranacionales y las internacionales, no afirma que estas instituciones sean idénticas en todo sentido. Constituye más bien el punto de partida para tomar en consideración sus correspondientes especificidades. La soberanía estatal se caracteriza por el poder de definir las competencias (*Kompetenz-Kompetenz*), en otras palabras, por ser el poder soberano originario y por tener la capacidad de recurrir a mecanismos de coacción, y, particularmente en Alemania, a una identidad colectiva y a una solidaridad establecida.[57] Las instituciones supranacionales típicamente se diferencian de las internacionales debido a que sus actuaciones comúnmente configuran directamente las interacciones sociales en el espacio jurídico estatal. Estas diferencias, a las cuales sólo hemos aludido, serán de gran importancia para la concretización de los principios fundamentales.

Process, Chicago, 1957; Henkin, Louis, "A New Birth of Constitutionalism", en Rosenfeld, Michel (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy*, Durham, 1994, p. 39.

56 Kingsbury, Benedict, "The Concept of 'Law' in Global Administrative Law", *European Journal of International Law*, núm. 20, 2009, p. 23, 30 y ss.Siguiendo la teoría del derecho natural de Lon Fuller. Según Kingsbury la conformidad con determinados principios fundamentales como racionalidad y proporcionalidad es requisito del concepto de derecho público a nivel internacional. Con debida razón Alexander Somek ve aquí una tendencia hacia una concepción iusnaturalista del derecho público a nivel internacional, Somek, Alexander, "The Concept of 'Law' in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury", *European Journal of International Law*, núm. 20, 2009, pp. 985, 990.

57 Compárese con el fallo en cuanto al Tratado de Maastricht de 12 de octubre de 1993, BVerfGE 89, 155 y en cuanto al Tratado de Lisboa de 30 de junio de 2009, BVerfGE 123, 267.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

3. *La autoridad pública de otros Estados*

El espacio jurídico alemán ha mostrado apertura, no sólo en el plano vertical sino también en el horizontal hacia los actos de otros Estados. Este es otro aspecto importante que resulta de la pertenencia al espacio jurídico europeo.[58] Claramente la apertura horizontal no es algo completamente nuevo. Su componente más antiguo es el derecho internacional privado el cual obliga a los tribunales estatales a aplicar el derecho privado de otros Estados.[59] Pero esta apertura del espacio jurídico alemán se ha hecho más significativa como consecuencia de la europeización e internacionalización. Primero, el derecho internacional privado alemán, al igual que el de los otros Estados miembros, fue armonizado en gran parte con los reglamentos "Roma I" y "Roma II",[60] así como con el reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.[61] Tal apertura hacia el derecho privado de otros Estados no opera únicamente dentro del espacio jurídico europeo, ya que el reglamento también prevé la aplicación del derecho extraeuropeo bajo condiciones más sencillas a las del antiguo derecho alemán.[62]

58 Wahl, Rainer, "Europäisierung: Die miteinander verbundenen Entwicklungen von Rechtsordnungen als ganzen", en Hans-Heinrich Trute *et al*. (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, pp. 869, 897.

59 Véase Hoffmann and Karsten Thorn, *Internationales Privatrecht*, 2012, p. 47.

60 Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); y Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

61 Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

62 Compárese con el principio de aplicación universal según los artículos 2 de Roma I y 3 de Roma III.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Una instancia más reciente de la "apertura horizontal" la encontramos en el derecho administrativo. Según el derecho tradicional, el principio de territorialidad se aplica a los actos administrativos; únicamente unos pocos actos administrativos, como el permiso de conducir, eran aplicables de manera transfronteriza debido a que había tratados internacionales para estos efectos.[63] Hoy en día, en cambio, el acto administrativo transfronterizo se ha convertido en un instituto jurídico firme y constante del derecho administrativo de modo que a menudo las medidas de otro Estado tienen efectos en Alemania y hasta son ejecutadas por autoridades alemanas.[64] En muchos casos, es el derecho de la Unión[65] o el derecho internacional público,[66] el que así lo ordena.

Otra apertura importante para los principios fundamentales se realiza en el marco del derecho comparado. Los tribunales nacionales se sirven de los fallos de otros tribunales nacionales para de esta manera desarrollar figuras jurídicas comunes y así contribuir a un diálogo judicial transnacional.[67] Por medio de este diálogo transnacional se desarrollan los principios. Sobre todo en la juris-

63 Ruffert, Matthias, "Der transnationale Verwaltungsakt", *Die Verwaltung*, núm. 34, 2001, pp. 453, 457.

64 Schmidt-Aßmann, Eberhard, "Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht", *DVBl*, núm. 108, 1993, pp. 924, 935; Sydow, Gernot, *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union*, 2004, pp. 141 y ss.

65 Ohler, Christoph, "Europäisches und nationales Verwaltungsrecht", en Terhechte, Philipp (ed.) *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2011, pp. 331, 344; Bast, Jürgen, "Transnationale Verwaltung des europäischen Migrationsraums", Der Staat, núm. 46, 2007, p. 1; Michaels, Sascha, *Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundsrepublik Deutschland*, 2004, pp. 188 y ss.

66 Nicolaidis, Kalypso y Shaffer, Gregory, "Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government", *Law and Contemporary Problems*, núm. 68, 2005, p. 263.

67 Benvenisti, Eyal, "Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts", *AJIL*, 2008, pp. 241 y ss.; Slaughter, Anne-Marie, "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, 2003, pp. 191 y ss.; Wendel, Mattias, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, 2011, pp. 53 y ss.; Ranieri, Filippo, "Die Rechtsvergleichung und das deutsche Zivilrecht im 20. Jahrhundert",en Ascheri, Mario *et al.* (eds.), *FS für Knut Wolfgang Nörr*, 2003, pp. 777, 796 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

prudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán podemos encontrar cada vez más referencias a la jurisprudencia de otros Estados.[68] Hasta ahora la jurisprudencia ha sido citada como sustento adicional y no como precedente con autoridad, a diferencia de los fallos del TEDH.[69] Se puede cuestionar si en el espacio jurídico europeo las decisiones de otros altos tribunales deberían tener un efecto más importante al de mero sustento adicional. Sobre todo hay que considerar si la discrepancia con una solución de otro tribunal requiere de una motivación especial en los fallos. En el espacio jurídico europeo parece conveniente que las cuestiones de interés común sean objeto de discusión y que las divergencias de opinión queden documentadas.[70] Naturalmente, aquí se plantean cuestiones muy difíciles, como lo demuestra la manera tan crítica en que el Tribunal Constitucional Checo trató una decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán.[71]

III. Principios

La búsqueda de principios es un mecanismo clásico del derecho para revelar estructuras fundamentales. Quizás por esta misma razón, el concepto "principios" es controvertido.[72] Para efec-

68 Sauer, Heiko, "Verfassungsvergleichung durch", *cit*.

69 Decisión Görgülü del Tribunal Federal Constitucional Alemán, BVerfGE, núm. 111, pp. 307, 317 y 323; compárese la decisión reciente sobre la custodia de seguridad del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE, núm. 128, pp. 326, 368 y ss.

70 Compárese con discusiones análogas en cuanto al derecho internacional de las inversiones Schill, Stephan, "Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator", *Leiden Journal of International Law*, núm. 23, 2010, pp. 401 y 424 y ss.

71 Compárese con el fallo del tribunal constitucional checo de 3 de noviembre de 2009, Pl. ÚS 29/09 (Tratado de Lisboa II), sobre todo las notas marginal 110 y ss., 137 y ss.

72 Dworkin, Ronald, *Bürgerrechte ernstgenommen*, 1984, pp. 58 y ss.; Guastini, Ricardo, *Distinguendo: Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, pp. 115y ss.; Koskenniemi, Martti, "General Principles", en Koskenniemi, Martti (ed.), *Sources of International Law*, Aldershot, 2000, p. 359; Habermas,

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tos de esta contribución basta con entender a los principios como normas de particular importancia, normas que por esta razón dan orientación en la variedad del material jurídico, fundamentan esta variedad y tienen una función de "cierre" del discurso normativo. Este artículo concibe los principios de manera diferente a Alexy, el cual los comprende en contraposición con las reglas, más específicamente, como mandatos de optimización ponderables.[73] Tal caracterización basada en la diferenciación categórica entre principios y reglas me parece poco convincente.[74] Por lo tanto, el término principio tiene aquí un carácter atributivo. Le asigna a una norma un papel destacado, una importancia particular.

Típicamente los principios se caracterizan por ser abstractos y vagos, lo cual permite un gran margen interpretativo. Además, como los principios son empleados también en el discurso normativo general, los principios jurídicos permiten el enlace del discurso jurídico al discurso normativo general. Dentro de los principios fundamentales de la tradición liberal democrática occidental[75] se encuentran en particular aquellas normas que cumplen una función de justificación normativa del ejercicio de la autoridad pública. Tomando en consideración la imperiosa necesidad de justificar las actuaciones soberanas, son los principios los que proveen las bases esenciales para su legitimación.[76] Este concepto material de *principio fundamental* comprende únicamente unas pocas normas que también en el derecho constitucio-

Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 1994, pp. 254 y ss.; Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2006; Reimer, Franz, *Verfassungsprinzipien: Ein Normtyp im Grundgesetz*, 2001.

73 Alexy, Robert, *ibidem*, pp. 75 y ss.

74 Jakab, András, "Re-Defining Principles as Important Rules – A Critique of Robert Alexy", en Borowski, Martin (ed.), *On the nature of legal principles*, 2010, p.145.

75 Bogdandy, Armin von, "The European Lesson for International Democracy", *EJIL*, núm. 23, 2012, p. 317.

76 Véase Molinier, Joël (ed.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, 2005, p. 24; Dworkin, Ronald, *Bürgerrechte...*, *cit*., p. 55.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nal estatal se denominan principios fundamentales o principios estructurales.[77]

Una norma con el carácter de principio puede estar contenida en un instrumento de "*soft law*"; lo cual es acorde con el concepto de autoridad pública desarrollado anteriormente.[78] Esta es sólo una de las razones por la cual los principios no gozan de un estatus jurídico homogéneo. Una norma con carácter de principio puede limitarse a permitir una reconstrucción de la materia jurídica, es decir, puede constituir un mero principio doctrinal. Además puede tener el carácter de principio rector, lo cual significa que influye sobre los procesos administrativos y políticos a futuro. Sobre todo en el ámbito supra e internacional, a menudo se llega a consensos por medio del establecimiento de principios rectores, bajo el entendimiento de que éstos serán desarrollados con posterioridad.[79] Los principios, en su condición de principios jurídicos, pueden además influir en la interpretación del derecho y en algunos casos inclusive tienen efectos jurídicos directos. Dada esta variedad, la mera calificación de una norma como principio no produce por sí sola ningún efecto jurídico específico. Vale la pena también recalcar que los principios tienen grados distintos de normatividad en los diferentes ordenamientos jurídicos. Una normatividad alta, como la que gozan los principios en el orden constitucional alemán, no es lo habitual.[80] En este ensayo intento, en primera línea, presentar a los principios fundamentales generales en su condición de principios rectores para así esclarecer el

77 Dreier, Horst (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 2, 2006, artículo 20 (Introducción), notas marginales 5 y 8; Reimer, Franz, *Verfassungsprinzipien:*…, pp. 26 y ss.

78 Las razones por las cuales aquí utilizamos un término jurídico amplio corresponden a aquellas que expusimos para justificar el entendimiento amplio del concepto de poder público, véase *supra* A.II.2.

79 *World Summit Outcome Document*, September, 2005, *they (Rule of Law, democracy, human rights) belong to the universal and indivisible core values and principles of the United Nations*, UN Doc. A/RES/60/1, 24 de octubre de 2005, para. 119.

80 Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 585 y ss., considera esto una anomalía europea en declive.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

contexto más amplio y demostrar la factibilidad y deseabilidad de promover un discurso jurídico multinivel.

A continuación me enfocaré en los siguientes tres principios: Estado de derecho, democracia y protección de los derechos humanos. Esto no niega la existencia o importancia de otros principios, como por ejemplo el de solidaridad, el de sostenibilidad o el de subsidiariedad.

Tres principios fundamentales y su fundamento jurídico

Los principios de la democracia, Estado de derecho y protección de los derechos humanos en las nuevas constelaciones no sólo interesan a la ciencia jurídica sino también a otras disciplinas.[81] La teoría política y la filosofía práctica en especial argumentan a menudo basadas en principios.[82] La relación de la ciencia jurídica con estas otras disciplinas es tan fluida como difícil. La diferencia entre las disciplinas no se debe a los principios per se: tanto en la ciencia jurídica como en la teoría política y en la filosofía práctica se trabaja sobre democracia, Estado de derecho, y derechos humanos y fundamentales. La especificidad se encuentra más bien en que un discurso filosófico basado en principios puede proceder de manera completamente deductiva, mientras que un análisis jurídico es informado por el derecho vigente, es decir, por las disposiciones del derecho positivo y por la jurisprudencia. Una de las primeras tareas del aporte jurídico a esta discusión multidisciplinaria consiste entonces en constatar los resultados de la discusión y acción política sobre los principios en el derecho positivo y esbozar su pretensión de validez.

81 *Cfr*. *Exzellenzcluster Normative Ordnungen*, Universidad de Francfort del Meno, *http://www.normativeorders.net/en*. Forst, Rainer and Günther, Klaus, "Die Herausbildung normativer Ordnungen. Zur Idee eines interdisziplinären Forschungsprogramms", en Forst, Rainer and Günther, Klaus (eds.), *Die Herausbildung normativer Ordnungen*, 2011, p. 11.

82 Rawls, John, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1975, pp. 81 y ss.; Dworkin, Ronald, *Bürgerrechte ...*, *cit*., pp. 54 y ss.; Habermas, Jürgen, *Faktizität...*, *cit*., pp. 166, 208 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

¿Dónde empezar? Las disposiciones de la Ley Fundamental son válidas en tanto que actuaciones del poder constituyente como poder público originario.[83] Por esta razón serán el punto de partida de este análisis. De seguido se expondrán los principios fundamentales del derecho de la Unión y del derecho internacional público.

IV. Principios fundamentales de la Ley Fundamental

1. *Preceptos para las autoridades alemanas*

La Ley Fundamental preceptúa el cumplimiento de numerosos principios a las autoridades alemanas que ejercen la autoridad pública. El artículo 79(3) de esta ley, refiriéndose a los artículos 1o. y 20 de la misma, establece un grupo de principios especiales porque no pueden ser abrogados ni siquiera por el legislador constitucional. Estos principios de tan particular importancia son: la dignidad humana y el núcleo de los derechos humanos inalienables así como la democracia y el Estado federal y social de derecho. De conformidad con el derecho constitucional comparado, se puede constatar que estas disposiciones expresan "el núcleo duro" del constitucionalismo liberal democrático.[84] Gracias a una jurisprudencia constitucional particularmente densa, estos principios cuentan con un alto grado de concretización.[85] Los principios centrales, es decir, el respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho están contemplados en la Ley Fundamental misma. El respeto de los derechos humanos y el principio democrático encuentran una expresión concreta sobre

83 En detalle sobre la relevancia de esta figura del derecho constitucional Herbst, Tobias, *Legitimation durch Verfassungsgebung*, 2003.

84 Cruz Villalón, Pedro, "Rasgos básicos del derecho constitucional de los Estados en perspectiva comparada", en Bogdandy, Armin von *et al*. (eds.), *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo, ius publicum europaeum*, t. I, pp. 15 y ss.

85 Schönberger, Christoph, "Anmerkungen zu Karlsruhe", en Jestaedt, Matthias *et al*., *Das entgrenzte Gericht*, 2011, p. 9, 27.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

todo en el catálogo de derechos fundamentales y en el artículo 38 de la Ley Fundamental, mientras que el principio del Estado de derecho se concretiza en normas como las de los artículos 19(4), 97 y 104 de la Ley Fundamental, así como a partir de la regulación de competencias, la cual es una expresión del principio de separación de poderes. Se suele afirmar que la constitucionalización del ordenamiento jurídico alemán constituye el desarrollo más importante de los primeros cuarenta años de existencia del ordenamiento jurídico federal-republicano.[86] No queda claro si esta intensa constitucionalización se debe entender como algo meramente idiosincrático o como un modelo para otros; lo que sí es incuestionable es que forma parte de lo que en conjunto ha sido un desarrollo sumamente exitoso.[87]

2. *Preceptos para las autoridades supra e internacionales*

La Ley Fundamental no solo preceptúa el cumplimiento de ciertos principios a las autoridades alemanas sino también a las entidades supra e internacionales en las que participa Alemania. Por un lado el ordenamiento alemán muestra una apertura muy clara y considerable hacia el derecho internacional y europeo,[88] ya que únicamente muy pocas Constituciones europeas cuentan con disposiciones similares.[89] Por otro lado el artículo 23(1) de la Ley Fundamental impone una serie de preceptos a la Unión Europea. Esta "está obligada a la salvaguardia de los principios democrá-

86 Wahl, Rainer, *Herausforderungen...*, *cit*.; Gunnar Folke, Schuppert and Bumke, Christian, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000.

87 Stolleis, Michael, (ed.), *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, 2011.

88 Vogel, Klaus, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964; Wendel, Mattias, *Permeabilität im...*, *cit*.

89 La Constitución portuguesa también es de avanzada en este aspecto. En su artículo 7o. menciona numerosos principios del ordenamiento internacional y europeo; más reservada es la Constitución de Holanda que en su artículo 90 prevé el fomento del desarrollo del ordenamiento jurídico internacional por parte del gobierno. Avanzada es la Constitución suiza en su artículo 193(4).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tico, del Estado de derecho, social y federativo y del principio de subsidiariedad" y debe garantizar "una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental". En este aspecto la Ley Fundamental es única en Europa. Las disposiciones de este tipo son mucho más vagas en las constituciones de otros Estados miembros de la UE.[90] No obstante, sus tribunales constitucionales a menudo las han interpretado como el Tribunal Constitucional Federal Alemán, si bien de manera menos detallada.[91]

Los preceptos para las organizaciones internacionales se deducen de los artículos 24 y 59 de la Ley Fundamental.[92] Mientras

90 Ciertos preceptos se encuentran también en el artículo 8o.(4) de la Constitución portuguesa ("respetando el principio fundamental del Estado de derecho democrático").

91 Ese es el caso en Suecia, Hungría y la República Checa, en cuanto a esto véase Wendel, Mattias, *Permeabilität im...*, *cit*., p. 449 y ss.; Huber, Peter M., "Estatalidad abierta: Un análisis comparado", en Bogdandy, Armin von *et al*. (eds.), *El derecho constitucional…*, *cit*., pp. 69 y ss.; Grabenwarter, Christoph, "National Constitutional Law Relating to the European Union", en Bogdandy, Armin von and Jürgen Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2006, pp. 94, 98 y ss.; Franz C., Mayer, *The European Constitution and the Courts*, *ibidem*, p. 281.

92 "Artículo 24 [Instituciones interestatales] (1) La Federación puede transferir, por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales. (1 a) En tanto los Länder son competentes para el ejercicio de poderes y el cumplimiento de tareas estatales, pueden, con la aprobación del Gobierno Federal, transferir derechos de soberanía a instituciones regionales transfronterizas. (2) Para salvaguardar la paz, la Federación puede adherirse a un sistema de seguridad colectiva mutua; a tal efecto admitirá aquellas restricciones de sus derechos de soberanía que establezcan y garanticen un orden pacífico y duradero en Europa y entre los pueblos del mundo. (3) Para la regulación de conflictos internacionales, la Federación se adherirá a convenios sobre arbitraje internacional general, amplio y obligatorio.

Artículo 59 [Representación internacional de la Federación] (2) Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la administración federal".

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

que el artículo 59(2) se sitúa dentro de la media,[93] el artículo 24 se puede clasificar como una disposición particularmente abierta a la autoridad supraestatal.[94] El contraste con el artículo 23(1)[95] refleja el estado del debate en el momento en que se redactó en los años 90. Sobre esta base, los tribunales y la ciencia jurídica han desarrollado ciertos preceptos asentados en principios para las autoridades supra e internacionales. Así, una organización internacional no debe exceder el mandato democráticamente legitimado que se le haya encomendado;[96] esto explica el rol central de las doctrinas sobre las competencias. Además, la transferencia de competencias no debe afectar la estructura fundamental de la Constitución.[97] De esto se derivan ciertos preceptos estructurales para las organizaciones internacionales, sobre todo en cuanto a los principios de protección de los derechos humanos y del Estado

93 Compárese con preceptos similares por ejemplo: el artículo 53 de la Constitución francesa, el artículo 89 de la Constitución polaca o el artículo 3o.(a) de la Constitución eslovena.

94 Pernice, Ingolf, en Horst, Dreier (ed.), *GG-Kommentar*, 2010, artículo 24, nota marginal 14; otras autorizaciones cautelosas de transferencia de soberanía son el artículo 34 de la Constitución belga, el artículo 90(1) de la Constitución polaca, el artículo 3o.(a) de la Constitución eslovena y el artículo 10(a) de la Constitución checa.

95 "Artículo 23 [Unión Europea —protección de los derechos fundamentales— principio de subsidiariedad] (1) Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de derecho, social y federativo y del principio de subsidiariedad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones."

96 Compárese con la decisión del Tribunal Federal Constitucional de 22 de noviembre de 2001 sobre el nuevo concepto estratégico de la OTAN (BVerfGE 104, 151).

97 Pernice, Ingolf, en Horst, Dreier (ed.), *GG-...*, *cit*., nota marginal 32.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de derecho.[98] El principio democrático, por su parte, explica la reserva de ley para efectuar ciertas transferencias de competencias, contenida en los artículos 24 y 59 de la Ley Fundamental, al igual que el principio de atribución. Así se refleja, por ahora, la relevancia del principio democrático para la autoridad pública internacional.

3. *Preceptos para otros Estados*

La Ley Fundamental no contiene ninguna norma específica que prescriba condiciones para que los actos de otros Estados tengan efectos en Alemania. No obstante, tanto la aplicación del derecho privado extranjero, así como el reconocimiento de los fallos de tribunales extranjeros en materia civil por parte de las autoridades alemanas, encuentran sus límites en la así llamada reserva de orden público. De conformidad con el artículo 6o.(1) de la Ley Introductoria al Código Civil (EGBGB) "una norma jurídica de otro Estado no es aplicable, cuando conduce a un resultado que es en lo esencial incompatible en forma manifiesta con los del derecho alemán".[99] Estos principios esenciales se desprenden de los principios de la Ley Fundamental.[100]

Respecto del reconocimiento y efecto de decisiones judiciales extranjeras, el principio de reserva de orden público aplica de manera limitada, es decir, únicamente cuando el proceso extranjero no cumple con ciertos requisitos mínimos del Estado de derecho

98 Rudolf Streinz, en Sachs, Michael, (ed.), *GG Kommentar*, 2011, artículo 24, nota marginal 29.

99 Similar § 328(1)(4) del Código de Procedimientos Civiles (ZPO); disposiciones correspondientes del derecho de la Unión en el artículo 21 del Reglamento Roma I y en el artículo 10 de Roma II; para el reconocimiento de sentencias extranjeras § 328(1)(4) del Código de Procedimientos Civiles, y el artículo 34(1) del Reglamento sobre Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ("Bruselas I").

100 Compárese con el artículo 6o. (2) de la Ley Introductoria al Código Civil (EGBGB), el cual realza el requisito de compatibilidad con los derechos fundamentales.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

o cuando el resultado del reconocimiento contradice principios esenciales de la Ley Fundamental.[101] Entonces, los preceptos dirigidos a la autoridad pública de otros Estados solo actúan de manera indirecta y restringida. Es importante acotar que para reconocer la autoridad de otro Estado no se exige que éste sea un Estado constitucional y democrático.

Finalmente, los principios constitucionales de protección de los derechos humanos, Estado de derecho y democracia son relevantes, en principio, para todas las formas de autoridad pública que surtan efectos en el territorio alemán. Sin embargo, el grado de concretización de estos principios respecto de las distintas autoridades a las cuales se les preceptúa su cumplimiento es muy distinto. Mientras que se cuenta con una rica doctrina y una abundante jurisprudencia respecto de la autoridad ejercida por las instituciones alemanas, sólo se tienen requisitos vagos en lo que se refiere a la autoridad supraestatal de la UE y por último unos cuantos requisitos mínimos en cuanto a los efectos de los actos de otros Estados. Esto tiene su lógica: las exigencias para ejercer la autoridad pública alemana no pueden ser transferidos, así sin más, a instituciones de otros ordenamientos. Una transferencia de este tipo imposibilitaría la integración de Alemania y por eso estaría en abierta contradicción con el objetivo constitucional de integración supra e internacional.[102]

101 Gottwald, Peter en Rauscher, Thomas *et al*. (eds.), *Münchner Kommentar zur ZPO*, 2008, notas marginales 99-100, 110 y ss.

102 Esto se deduce del preámbulo el cual reza "Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente Ley Fundamental…".

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

V. Principios fundamentales del derecho de la Unión

1. *Preceptos para la Unión*

El derecho primario (constitucional) de la Unión Europea establece en el artículo 2o.(1) del Tratado de la Unión Europea (TUE) los principios fundamentales pertinentes al ejercicio de la autoridad pública, a saber, "libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho". Numerosas disposiciones del derecho primario de la Unión tienen el objetivo de concretizarlos, sobre todo los artículos 9o. a 12 del TUE en lo que se refiere al principio democrático, o las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en lo que se refiere al respeto de los derechos humanos y al Estado de derecho. Las disposiciones detalladas sobre las competencias de la UE son muy importantes, tanto para el principio democrático como para el Estado de derecho. Aquí nos referimos sobre todo a los artículos 1o. (1), 4o. y 5o. del TUE, así como a los artículos 2o. a 6o. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Valiéndose de la tradición constitucional europea, lentamente se han ido desarrollando doctrinas específicas sobre algunos principios constitucionales de la Unión; éstas toman en serio las especificidades de la Unión y así concretizan su carácter *sui generis*.[103] Si bien los principios relativos a la Unión se nutren de los discursos en torno a los principios estatales, no pueden seguirlos ciegamente. El acervo alemán, en particular, debido a su alto grado de sofisticación, no puede servir como modelo ya que a nivel europeo faltan muchas de las condiciones que le dan sustento, como por ejemplo: el trasfondo histórico traumático, el rol tan específico del Tribunal Federal

[103] Molinier, Joël (ed.), *Les principes*…, *cit*.; Mangiameli, Stelio, (ed.), *L'ordinamento Europeo: I principi dell'Unione*, Mailand 2006; Hartmut Bauer and Calliess, Christian (eds.), *Verfassungsprinzipien in Europa*, 2008; Franzius, Claudio, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, Atenas, 2010, pp. 87 y ss.; Beutler, Bengt, "Die Werte der Europäischen Union und ihr Wert", *FS für Rainer Wahl*, 2011, p. 635.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Constitucional Alemán, y la importancia de la ciencia jurídica en ese país. Ciertamente ha habido una constitucionalización del derecho de la Unión,[104] pero esta constitucionalización no se puede comparar con la del ordenamiento jurídico alemán.

2. *Preceptos para los Estados*

Los principios del artículo 2o. TUE no sólo imponen preceptos a las autoridades de la Unión sino también a las estatales. En este aspecto hay que diferenciar entre los Estados miembros de la UE y los terceros Estados.

De los artículos 7o. y 49 del TUE se desprende la relevancia de estos principios para los Estados miembros en todo ejercicio de autoridad pública que efectúen, aun fuera del ámbito de aplicación del artículo 51 de la CDFUE.[105] ¿En qué medida determina esto la estructura constitucional de los Estados miembros? Es un tema crucial para el constitucionalismo europeo.[106] Ciertamente, los requisitos del artículo 2o. TEU no se pueden interpretar bajo

104 Weiler, Joseph H., "The Transformation of Europe", *Yale Law Journal*, núm. 100, 1991, 2403.

105 Meinhard Hilf and Frank Schorkopf, en Eberhard, Grabitz *et al*. (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, (Colección de hojas sueltas, Estado de las mismas en julio de 2010), artículo 2o. EU, nota marginal 18; Ruffert, Matthias, en Calliess, Christian and Ruffert, Matthias (eds.), *EUV/AEUV*, 2011, artículo 7o. EU, nota marginal 4; Verhoeven, Amaryllis, "How Democratic Need European Union Members Be?", *EL Rev*, núm. 23, 1998, pp. 217, 222-224 y 234; *Declaration of the Presidency of the Convention*, 6 de febrero de 2003, CONV 528/03, 11.

106 Esto se evidencia en la discusión sobre la interpretación del artículo 51(1) de la Carta de los Derechos Fundamentales. Para una interpretación restrictiva véase Huber, Peter M., "Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte", *NJW*, núm. 64, 2011, p. 2385; Borowsky, Martin, "Artículo 51 GrCH", en Meyer, Jürgen (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2011, nota marginal 24; Lenaerts, Koen, *Die EU Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung*, Europarecht, 2012, p. 3. TJUE, Asunto C-617/10, Åkerberg Fransson; la reacción crítica del Tribunal Federal Constitucional Alemán en su fallo sobre sobre el almacenamiento de datos, 1 BvR 1215/07, 24 de abril de 2013, pfos. 88 y ss., *http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20130424_1bvr121507.html*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la lógica de un principio de homogeneidad como en un Estado federal.[107] Tal interpretación no tendría cabida en el derecho de la Unión a la luz del artículo 4o.(2) del TUE (protección de la identidad nacional), porque entraría en conflicto con la diversidad de las constituciones de los Estados miembros. En la Unión Europea hay repúblicas y monarquías, sistemas parlamentarios y semipresidencialistas, parlamentos poderosos y débiles, democracias competitivas y consociativas, estructuras partidarias fuertes y débiles, instituciones sociales fuertes y débiles, Estados unitarios y federales, tribunales constitucionales fuertes, débiles e inexistentes, así como divergencias notables en cuanto al contenido y nivel de protección de los derechos fundamentales.[108] Ante este trasfondo, es un desafío jurídico importante desarrollar preceptos para el ejercicio de autoridad pública a nivel de la Unión que sean adecuados a su problemática particular.[109]

Haciendo referencia ahora a los terceros Estados, se debe diferenciar entre los Estados candidatos a la UE y los demás Estados. Los Estados candidatos deben, de conformidad con el artículo 49 TUE, cumplir con los principios fundamentales del artículo 2o. TUE,[110] en el pasado esto fue un catalizador para el desarrollo liberal democrático en aquellos Estados.[111] Más allá de esto, tal y

107 Este principio encuentra expresión en el artículo 28(1) de la Ley Fundamental y reza en lo conducente "El orden constitucional de los Länder debe responder a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. En los Länder, distritos y municipios, el pueblo debe tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas."

108 Cruz Villalón, Pedro, "Rasgos básicos del..., *cit*.

109 Bogdandy, Armin von *et al*., "Principios básicos de una doctrina Solange en el derecho de la Unión", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 28, 2012, pp. 1-34.

110 Rötting, Michael, Das verfassungsrechtliche Beitrittsverfahren zur Europäischen Union, 2009.

111 Sadurski, Wojciech, "Accession's Democracy Dividend: The Impact of the EU Enlargement upon Democracy in the New Member States of Central and Eastern Europe", *ELJ*, núm. 10, 2004, p. 371; Sedelmeier, Ulrich, "Europeanisation in new member and candidate states", *Living Reviews in European Governance*, núm. 6, 2011, disponible en, *http://www.livingreviews.org/lreg-2011-1*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

como se desprende de los artículos 3o.(5) y 21(1) del TUE, el derecho de la Unión obliga a los órganos de la Unión a procurar un desarrollo constitucional acorde con la tradición liberal democrática en otros Estados, también fuera de Europa.[112] Evidentemente, a los redactores del Tratado les gusta la idea de una Unión que porta el estandarte de la libertad democrática.[113] A pesar de haber sido consagrados en el Tratado, estos principios no han dejado mayor huella en el actuar real de la Unión: los discursos de aplicación de estas normas han sido algo escuetos hasta ahora[114] y la jurisprudencia sobre esta materia es prácticamente inexistente.[115]

3. *Preceptos para las instituciones internacionales*

Los tratados de la Unión no contienen disposiciones expresas respecto de la recepción de los actos de autoridad pública de las instituciones internacionales. No obstante, es posible interpretar los objetivos previstos en los artículos 3o.(5) y 21(1) del TUE en el sentido de que las normas de la Unión la obligan a procurar el desarrollo liberal y democrático de las organizaciones internacio-

112 Manners, Ian, "Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?", *Journal of Common Market Studies*, núm. 40, 2002, p. 235; Schimmelfennig, Frank, "Europeanization beyond Europe", *Living Reviews in European Governance*, núm. 7, 2012, disponible en, *http://www.livingreviews.org/lreg-2012-1*

113 Galtung, Johan, *The European Community: A Superpower in the Making*, Oslo-London, 1973, insbesondere pp. 117 y ss.

114 Cremona, Marise, "Values in EU Foreign Policy", in Evans, Malcolm and Koutrakos, Panos (eds.), *Beyond the Established Legal Orders*, 2011, pp. 275, 280 y ss.; Krajewski, Markus, "External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a Federal and More Demorcratic Foreign Policy?", *Common Market Law Review*, núm. 42, 2005, pp. 91, 106 y ss.

115 Se suele recurrir preferiblemente a los artículos 3o.(5) 21(1) para fundamentar la relación de la Unión con el derecho internacional público. Compárese con TJUE, Asunto C-366/10, *Air Transport Association of America* y otros, no ha sido publicado en la recopilación de jurisprudencia, nota marginal 101: compárese también con TJUE Asunto T-85/09, Kadi (Kadi II), Recopilación de Jurisprudencia 2010, p. II-05177.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nales.[116] Este objetivo se refleja también en las correspondientes normas de atribución de competencias.[117] Hasta ahora el TJUE no ha mostrado mucho interés en desarrollar preceptos estructurales para las instituciones internacionales. Su jurisprudencia parece orientarse, sobre todo, a la protección de la autonomía del derecho de la Unión y de sus propias potestades jurisdiccionales.[118] De particular importancia en este contexto ha sido la así llamada "jurisprudencia Kadi". Muchos comparten la opinión de que el TJUE dejó pasar la oportunidad en este caso de aplicar la fórmula Solange a los actos de autoridades internacionales que surten efectos en la Unión, y lo critica por eso.[119]

116 En este sentido Petersmann, Ernst-Ulrich, "The 2004 Treaty Establishing a Constitution for Europe and Foreign Policy: A New Constitutional Paradigm?", *FS für Manfred Zuleeg*, pp. 176, 185 y ss.; Cremona, Marise, "Values in...", *cit*., pp. 307 y ss.

117 Con referencia al artículo 207 del TFUE (política comercial común); al artículo 208(1) del TFUE (cooperación para el desarrollo); artículo 212(1) (cooperación económica, financiera y técnica con terceros países) y el artículo 214(1) (ayuda humanitaria).

118 Dictamen del Tribunal de Justicia 1/91 de 14 de diciembre de 1991, Recopilación de jurisprudencia 1991, p. I-6079, en especial las notas marginales 34 y ss.; Dictamen del Tribunal Europeo de Justicia 1/09 de 8 de marzo de 2011 (Tribunal de patentes), no ha sido publicado en la recopilación de jurisprudencia, notas marginales 64 y ss.

119 Weiler, Joseph H. H., "EJIL Editorial", *EJIL*, núm. 19, 2008, pp. 895, 896; Halberstam, Daniel and Stein, Eric, "The United Nations, the European Union and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order", *CMLR*, núm. 46, 2009, pp. 13, 60 y ss.; sobre el planteamiento Solange en el caso Kadi, entre otros Sauer, Heiko, "Rechtsschutz gegen völkerrechtsdeterminiertes Gemeinschaftsrecht? – Die Terroristenlisten vor dem EuGH", *NJW*, 2008, pp. 3685 y 3686; López-Jacoiste, Eugenia, "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales: algunas reflexiones constitucionales a la luz del Caso Kadi", en Bogdandy, Armin von *et al*. (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, 2010, p.826; Santos Vara, Juan, "El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, 2009, p. 104.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

VI. Los principios fundamentales del derecho internacional público

1. *Preceptos del derecho internacional público general*

El derecho internacional público carece de un acto jurídico, comparable a la Ley Fundamental o al Tratado de la Unión Europea, que preceptúe la aplicabilidad de los principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho y de la democracia para el conjunto del derecho internacional público o incluso para todo el derecho en general. No obstante, desde hace mucho tiempo, ha habido intentos políticos y académicos para superar esta situación que muchos consideran deficitaria. En las últimas dos décadas estos intentos han ganado intensidad.[120] De los esfuerzos de la ciencia jurídica en este sentido, podemos hacer especial referencia a los partidarios de una constitucionalización del derecho internacional público.[121]

El constitucionalismo asevera que ciertas normas fundamentales internacionales son componentes de un derecho constitucional supraestatal.[122] Algunos partidarios de este enfoque proponen clasificar ciertos principios como *ius cogens*, el cual no solo tiene primacía dentro del derecho internacional público sino también en el derecho en general.[123] A mi parecer, una clasificación de este tipo extiende en forma inaceptable los límites del instituto jurí-

120 Recientemente se fundó una revista interdisciplinaria especialmente para este tema: *Global Constitutionalism*, compárese con el editorial de su primera edición, Antje Wiener *et al*., "Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law", *Global Constitutionalism*, núm. 1, 2012, p. 1.

121 Véase Kleinlein, Thomas, *Konstitutionalisierung*..., *cit*.

122 Peters, Anne, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 579.

123 De esta manera, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia encontró, en el caso Furundžija, que la prohibición de tortura había alcanzado el grado de ius cogens, lo cual implica la prohibición de cualquier normativa nacional que afecte la validez de esta prohibición, Sentencia de primera instancia de 10 de diciembre de 2012 (IT-95-17/1-T), para. 144 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

dico del *ius cogens*.[124] Una corriente más cautelosa del constitucionalismo desarrolla algunas disposiciones claves de la Carta de las Naciones Unidas a la luz de ciertos principios fundamentales constitucionales.[125] Otra corriente hace uso de un concepto material de constitución y señala así algunas normas del derecho internacional público que habrían adquirido la importancia de normas constitucionales.[126] Basándose en el derecho administrativo, es posible llegar a conclusiones similares.[127] El enfoque de derecho público que aquí planteamos también tiene como objetivo el aseguramiento y fomento de una gobernanza liberal y democrática. Sin embargo, al contar con un fundamento conceptual distinto (el de autoridad pública en lugar de constitución) evita muchos de los problemas de los otros planteamientos aquí descritos.

2. *Preceptos para los Estados*

El precepto más claro para los Estados es la obligación de cumplir con el principio de protección de los derechos humanos. Para los Estados parte de los pactos universales de derechos humanos su obligatoriedad no deja duda alguna.[128] La función que estos

124 Las correspondientes declaraciones, como por ejemplo el *World Summit Outcome Document* de septiembre 2005, según la cual el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos "belong to the universal and indivisible core values and principles of the United Nations", *World Summit Outcome Document*…, *cit*., no son suficiente para darles carácter de ius cogens; Kadelbach, Stefan, "Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and Other Rules – The Identification of Fundamental Norms", en Thouvenin, Jean-Marc and Tomuschat, Christian (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden, 2006, p. 30.

125 Verdross, Alfred and Simma, Bruno, *Universelles Völkerrecht*, 1984, pp. 69 y ss.; Fassbender, Bardo, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden, 2009.

126 Peters, Anne, "Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse", *ZÖR*, núm. 65, 2010, p. 3.

127 Kingsbury, Benedict *et al.*, "The Emergence...", *cit*., p. 15.

128 Piovesan, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Sao Paolo, 2012, p. 227.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

pactos tienen a lo interno de los Estados ha sido reconocida expresamente en numerosas constituciones de reciente data.[129] Menos clara es la obligatoriedad para los Estados que no son parte de estos pactos. En este sentido, hay abundantes planteamientos de la doctrina que argumentan su obligatoriedad de manera convincente, por lo menos en lo que concierne a los derechos humanos fundamentales.[130] Dentro de estos derechos se incluyen, al menos, el derecho a la vida, así como la prohibición de la tortura, de la esclavitud y de la detención arbitraria.[131]

Lo problemático del principio de protección de los derechos humanos no es tanto su fundamento jurídico sino más bien su cumplimiento, como bien lo documentan los inquietantes reportes de un gran número de organizaciones. Esto nos lleva al principio del Estado de derecho. Este principio, denominado también rule of law o *prééminence du droit* es muy complejo. Sus componentes más importantes en este momento son instituciones y procedimientos que hacen valer la normatividad del derecho y en consecuencia de los derechos humanos frente a toda autoridad, incluso toda autoridad pública.

Numerosos tratados internacionales contienen elementos del principio de Estado de derecho cuyo cumplimiento es exigido a las administraciones públicas y los tribunales estatales. Como

129 En el espacio jurídico europeo compárese con el artículo 10 de la Constitución española; el artículo 20 de la Constitución rumana; el artículo 11 de la Constitución eslovaca; de igual manera, compárese con las disposiciones más recientes de las constituciones latinoamericanas, por ejemplo, los artículos 75 y 22 de la Constitución argentina, el artículo 6o. de la Constitución uruguaya; Binder, Christina, "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", *German Law Journal*, núm. 11, 2011, p. 1203.

130 Schutter, Olivier de, *International Human Rights Law*, Cambridge, 2010, pp. 49 y ss.; Simma, Bruno and Alston, Philip, "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles", *Australian Yearbook of International Law*, núm. 12, 1988-1989, p. 100; Meron, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989, p. 79; en este sentido también la opinion consultiva de la CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, pfos. 107 y ss., 9 de julio de 2004.

131 Kadelbach, Stefan, "Jus Cogens…, *cit*., p. 29.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ejemplo podemos mencionar los artículos 9o.(3)-(4), 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo X del GATT; o el artículo 88 del Estatuto de Roma.[132] Estas disposiciones fueron formuladas, en su mayor parte, para ámbitos específicos del derecho. A pesar de esto, en la literatura se describe reiteradamente una tendencia hacia un desarrollo de esta dimensión del derecho internacional público y hasta se habla de la emergencia en el derecho internacional público de un principio del debido proceso (*due process*) global.[133] Así, si bien Sabino Cassese no considera que exista un principio general de debido proceso en el ámbito internacional, describe una clara tendencia hacia el desarrollo y consolidación de ciertos requisitos clave de este principio.[134] Los tribunales internacionales juegan un rol de suma importancia en este desarrollo.[135]

Aún más difícil es la situación jurídica del principio democrático. La Carta de las Naciones Unidas solo le exige a sus Estados miembros que sean, de conformidad con el artículo 4o.(1), "amantes de la paz". El derecho de libre determinación de los pueblos, asegurado por el derecho internacional público de muchas maneras, apunta en la misma dirección que el principio democrático pero su contenido general se queda atrás de éste.[136] Sin

132 Cassese, Sabino, "A Global Due Process of Law?", en Gordon, Anthony *et al*. eds.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, 2011, pp. 17, 21 y ss.; a nivel europeo también aplican las garantías de la CEDH, en especial los artículos 6o. y 13.

133 *idem*; Correia, Sérvulo, "Administrative Due or Fair Process: Different Paths in the Evolutionary Formation of a Global Principle and of a Global Right", en Gordon, Anthony *et al*. (eds.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, 2011, p. 313; Palombella, Gianluigi, "The Rule of Law Beyond the State: Failures, Promises, Theory", *International Journal of Constitutional Law*, núm. 7, 2009, p. 442.

134 Cassese, Sabino, "A Global...", *cit*., p. 51.

135 Compárese con WTO Appelate Body Report, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT-DS58/AB/R, 6 de noviembre de 1998, pfo. 182.

136 Peters, Anne, *Das Gebietsreferendum im Völkerrecht*, 1995, pp. 387 y ss.; Thürer, Daniel y Burri, Thomas, "Self-Determination", en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

duda alguna, ciertos aspectos importantes de las formas constitucionales democráticas son reafirmados por el derecho internacional público, particularmente a través de las normas protectoras de los derechos humanos y de las minorías. Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ordena la celebración de elecciones periódicas y auténticas en su artículo 25.[137] Si bien la fuerza normativa de esta disposición sufre debido a la práctica de Estados como China y Rusia, ciertamente no es destrozada. Igualmente, se discute sobre si el derecho internacional público obliga a una forma constitucional democrática.[138] Una serie de autores ven un desarrollo apuntando hacia un mandato democrático universal en tanto que principio jurídico pero admiten que todavía no ha se cristalizado como tal. No obstante, el principio democrático ya ha sido establecido como principio rector y estructural.[139]

Este desarrollo evidencia otro elemento de la transformación del concepto de soberanía. La vieja soberanía era un concepto de "cierre". Hoy, en cambio, la soberanía se está transformado en un instituto cada vez más funcional: hay soberanía de los Estados para constituir ordenamientos jurídicos respetuosos de los

(edición electrónica), indican ciertos avances en el derecho a la libre determinación de los pueblos pero no una equiparación con el derecho a la democracia; Wheatley, Steven, *The Democratic Legitimacy of International Law*, Oxford, 2010, p. 213 se refiere al estatus de ius cogens y la fuerza *erga omnes* del derecho a la libre determinación de los pueblos sin equipararlo al derecho a la democracia.

137 Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, Article*, núm. 25, notas marginales. 1 y 18; por el contrario, la situación jurídica en el ámbito europea es mucho más clara en particular gracias a los artículos 1o.-3o. del protocolo adicional a la CEDH, Jochen Frowein, en Jochen Frowein and Peukert, Wolfgang (eds.) *Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar*, 1996, p. 835.

138 Thomas M., Franck, "The Emerging Right to Democratic Governance", *AJIL*, núm. 86, 1992, p. 46; Peters, Anne, en Klabbers, Jan *et al*. (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009, pp. 263, 273 y ss.; Petersen, Niels, *Demokratie als teleologisches Prinzip*, 2009; Besson, Samantha, "Das Menschenrecht auf Demokratie", en Haller, Gret *et al*. (eds.), *Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa*, 2011, p. 61.

139 Peters, Anne, en Klabbers, Jan *et al*. (eds.), *The Constitutionalization*..., *cit*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho, y quizás hasta de la democracia.[140]

3. *Preceptos para las organizaciones internacionales*

Los principios del derecho público tradicionalmente procuran contener a la autoridad estatal. Por el contrario, el derecho de las organizaciones internacionales ha sido interpretado desde hace mucho tiempo desde una óptica funcionalista, es decir, no para contener sus competencias sino más bien para fortalecerlas.[141] Debido a que las organizaciones internacionales se han visto fortalecidas en el proceso de globalización y se han convertido en verdaderos agentes de autoridad pública, corresponde preguntarse sobre la aplicación de los principios aquí planteados a sus actuaciones. El debate que hasta ahora se había concentrado en la Unión Europea se ha estado universalizando.

En un primer momento se cuestionó el alcance de la obligatoriedad de los derechos humanos para las organizaciones supra e internacionales. Aunque éstas sólo en muy pocos casos pueden emitir actos con efectos directos, la relevancia para los derechos humanos de muchas de sus prácticas son hoy en día evidentes, ya estemos hablando de las sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad de la ONU, de los préstamos del Banco Mundial, o del reconocimiento de la condición de refugiado por parte del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Dado que en general estas instituciones no son parte contratante de los pactos de derechos humanos, su obligatoriedad requiere de construcciones doctrinales; pero hoy en día no hay carencia de propuestas convincentes en este sentido.[142] Actualmente ninguna institución

140 Peters, Anne, "Realizing Utopia as a Scholarly Endeavour", *EJIL*, núm. 24, 2013, p. 538; Benvenisti, Eyal, "Sovereigns as…", *cit*.

141 Klabbers, Jan, "Two Concepts of International Organization", *International Organizations Law Review*, 2005, p. 277.

142 Simma, Bruno and Alston, Philip, "The Sources…", pp. 100 y ss.; Tawhida Ahmed and Butler, Israel de Jesús, "The European Union and Human

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

internacional niega la relevancia de los derechos humanos para sus actuaciones.[143] Es evidente que si así lo hicieran, sufrirían una crisis en su legitimidad y pondrían en riesgo a la organización.

La situación es similar respecto de muchos elementos del principio de Estado de derecho o *rule of law*. Aunque claramente no son Estados, muchas instituciones internacionales cuentan con complejas reglas institucionales y procesales.[144] Es difícil hacer afirmaciones de carácter general debido a que la situación jurídica de las diferentes organizaciones suele ser muy variada.[145] En general hay una ausencia de disposiciones claras y expresas que permitan y posibiliten un recurso de índole judicial en contra de los actos de las instituciones internacionales.[146] No obstante, cada vez más, los derechos humanos se comprenden de manera tal que requieren de tales mecanismos.[147] Por esta razón, se creó el Panel de Inspección del Banco Mundial al igual que la oficina del Om-

Rights: An International Law Perspective", *EJIL*, núm. 17, 2006, p. 771; McCorquodale, Robert, "International Organizations and International Human Rights Law", en Homi Kaikobad, Kaiyan and Bohlander, Michael (eds.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice*, Leiden, 2009, p. 141.

143 Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, A/RES/67/1, 30 de noviembre de 2012, disponible en, *http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/478/69/PDF/N1247869.pdf*; *idem*, En aras de la justicia: un programa de acción para reforzar el estado de derecho en los planos nacional e internacional. Informe del Secretario General, A/66/749, 16 de marzo de 2012, disponible en, *http://www.unrol.org/files/sg%20report%20spanish%2066_%20749.pdf*

144 Bernstorff, Jochen von, "Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations", *German Law Journal*, núm. 9, 2008, pp. 1939, 1951 y ss.

145 Schermer, Henry G. and Blokker, Niels M., *International Institutional Law*, Leiden, 2011, pp. 501 y ss.

146 Schmalenbach, Kirsten, "International Organizations or Institutions, Legal Remedies against Acts of Organs", en Rüdiger, Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012 (edición electrónica), nota marginal 25.

147 Feinäugle, Clemens A., *Hoheitsgewalt im Völkerrecht: das 1267-Sanktionsregime der UN und seine rechtliche Fassung*, 2011, pp. 191 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

budsman en el marco de las así llamadas sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad.[148] Una cuestión importante y pendiente de resolución es la medida en la cual los tribunales estatales pueden compensar las deficiencias del ámbito internacional.[149]

Aún más difícil es la cuestión sobre la existencia del principio democrático en el derecho internacional público respecto de las instituciones internacionales. Mientras que el Tratado de la UE prescribe claramente la obligatoriedad del principio democrático para esta organización supranacional, los estatutos de las organizaciones internacionales no cuentan con una disposición análoga. Pero seríamos demasiado iuspositivistas si en razón de la ausencia de una disposición expresa desterráramos la idea de la democracia dentro de las organizaciones internacionales del pensamiento jurídico y la relegáramos exclusivamente a las ciencias políticas o a la filosofía política. En vista de las manifiestas dificultades de hablar de procesos democráticos en el ámbito internacional, muchos autores prefieren hablar de rendición de cuentas o *accountability*.[150] Pero, al fin y al cabo, la rendición de cuentas tiene que ver con la cuestión democrática ya que se trata de una manera de vincular a las organizaciones internacionales con los valores, intereses y convicciones de los ciudadanos afectados y de asumir responsabilidad frente a ellos. Hay muchas opiniones en este debate. Ciertamente, la obligación de las organizaciones internacionales de apegarse a su instrumento constitutivo se pue-

148 Schmalenbach, Kirsten, "International Organizations…", *cit*.; Wet, Erika de, "Holding International Institutions Accountable: The Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review", *German Law Journal*, núm. 9, 2008, p. 1987, 2000.

149 Reinisch, August (ed.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford, 2010.

150 *International Law Association, Accountability of International Organisations, Final Report*, 2004, disponible en, *http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm*; Kingsbury, Benedict, "The Concept...", *cit*.; Deirdre, Curtin and Anchrit, Wille (eds.), *Meaning and Practice of Accountability in the EU Multi-Level Context*, 2008; Dann, Philipp, "Accountability in Development Aid Law. The World Bank, UNDP and the Emerging Structures of Transnational Oversight", *AVR*, núm. 44, 2006, p. 381.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de interpretar como un aspecto del principio democrático.[151] Otros aspectos importantes son la transparencia, el rol de los gremios parlamentarios así como los derechos de participación de las organizaciones no-gubernamentales.[152] Sin duda, que para las organizaciones internacionales el concepto de democracia hoy en día también sirve como punto de fuga de constructos doctrinales (*e. g*. doctrinas sobre las competencias) y de la crítica.

VII. Cuestiones relativas al desarrollo de los principios

1. *Potencialidades y problemas*

Los principios de la protección de los derechos humanos, del Estado de derecho y, de manera más limitada, de la democracia, se pueden identificar tanto en el derecho alemán como en el derecho de la Unión y en el derecho internacional público. La pretensión de validez de los respectivos principios no se limita a las instituciones del ordenamiento jurídico del cual provienen sino que se extiende a las instituciones de aquellos ordenamientos con los cuales se interactúa. Por eso, dichos principios permiten un discurso general sobre asuntos esenciales. El potencial que esta convergencia tiene para conceptualizar el fenómeno de autoridad pública de las distintas instituciones es indudable. Sin embargo, el hecho de que las normas de los diferentes ordenamientos jurídicos —alemán, europeo e internacional— establezcan principios aplicables a los actos de autoridad pública de otros órdenes normativos hace surgir interrogantes difíciles, como por ejemplo, ¿cuál es el ordenamiento jurídico que provee las bases para un

151 Wolfrum, Rüdiger, "Kontrolle der auswärtigen Gewalt", *VVDStRL*, núm. 56, 1997, pp. 38, 45, 61 y ss.; Klabbers, Jan, *Research Handbook on the Law of International Organizations*, 2011, pp. 208 y ss.

152 Bogdandy, Armin von, "The European...", *cit*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

entendimiento generalizado de los principios?[153] La manera clásica de resolver este tipo de cuestión y de ordenar los diferentes discursos en torno a los principios, lo podemos encontrar en el artículo IV(4) y en la décima cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. En Alemania lo encontramos en el artículo 28(1) de la Ley Fundamental. Según estas disposiciones, los principios de los estados federados se deben ajustar a aquellos del ente superior, esto es, del Estado federal.

No contamos con semejante norma para resolver nuestra cuestión.[154] Solo contamos con unos cuantos constructos doctrinales que se ocupan de lo verdaderamente fundamental: el modo de ordenar recíprocamente el derecho estatal, el derecho de la Unión y el derecho internacional público.

Esta cuestión general se divide en una serie de cuestiones distintas pero interrelacionadas. En lo que se refiere a las actuaciones de las instituciones internacionales, hay que determinar la validez, el rango y los efectos de estos actos dentro del ámbito territorial de aplicación del derecho de la Unión y del derecho nacional. En otras palabras, la pregunta es: ¿cuál es el tratamiento que las instituciones de la Unión o los órganos alemanes deben darle a dichos actos? La situación inversa es algo distinta. La cuestión no versa sobre la validez, rango o efectos del derecho de la Unión y del derecho estatal dentro del ordenamiento jurídico internacional, sino más bien, sobre si los órganos de la Unión o si los órganos estatales pueden obedecer un acto del derecho internacional. En otras palabras, ¿cuál es la relevancia de un acto del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno? Dado que los principios normalmente no conducen a conflictos directos, surge la pregunta de la interrelación de los diferentes entendimientos y

153 Un tema esencial de Carl Schmitt es que el principio de soberanía clásico lo impide. Schmitt, Carl, *Der Nomos der Erde*, 1950, pp. 96 y ss.

154 A pesar de que existen algunos planteamientos en el derecho positivo. Tradicionalmente: artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos; en el espacio jurídico europeo, por ejemplo los artículos 1o. y 25 de la Ley Fundamental, el artículo 10 de la Constitución italiana, el artículo 55 de la Constitución francesa, y el artículo 216(2) del TFUE.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

manifestaciones de estos principios, diferencias que se explican a partir del desarrollo particular que éstos tienen en el derecho positivo, jurisprudencia y doctrina de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Una pregunta parecida se plantea respecto del peso que se le debe acordar al derecho comparado.

2. *Pluralismo de principios*

La reflexión sobre la relación entre los principios en los diferentes niveles tiene la dificultad de seguir siendo cautiva de dos teorías de inicios del siglo XX: el monismo y el dualismo.[155] Valiéndonos de ellas no es posible llegar a ningún entendimiento plausible. La situación jurídica y política actual es fundamentalmente distinta a aquella de hace 100 años. El caso alemán es emblemático: Alemania, en aquel entonces un Estado bastante autoritario y expansionista, se ha convertido en un Estado constitucional desarrollado, las rivalidades con sus países vecinos por territorio colonial han cesado y el país se ha insertado, junto con esos mismos vecinos, en una red altamente interconectada de organizaciones supra e internacionales, justamente para superar tal rivalidad destructiva. Es de notar que el estudio más importante promoviendo el dualismo bajo la Ley Fundamental se publicó en 1967 y por esta razón no puede abordar los fenómenos de la gobernanza global.[156] Pero tampoco el monismo es convincente, ni como doctrina, ni como teoría. Lo prueba la práctica jurídica en el contexto actual: Siempre que un actor debe tratar una cuestión de validez, rango, efectos, significado o legitimidad de una norma u otro acto, el primer paso es asignar tal acto a un ordenamiento jurídico específico; semejante práctica contradice así la idea de una

155 Triepel, Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, pp. 12-22; Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 1934, pp. 129-154; Scelle, Georges, *Précis de Droit des Gens*, 1932, pp. 31 y 32; Amrhein-Hofmann, Christine, *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*, 2003; Dupuy, Pierre-Marie, "International Law and Domestic (Municipal) Law", en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012 (edición en línea).

156 Rudolf, Walter, *Völkerrecht und deutsches Recht*, 1967.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

amalgama de ordenamientos jurídicos. Todas las cuestiones esenciales son respondidas siempre de acuerdo con un ordenamiento específico. Por eso, tanto el monismo como el dualismo han agotado su utilidad como constructos doctrinales ya que no están en capacidad de proponer soluciones plausibles a las preguntas jurídicas prácticas. Como constructos teóricos para comprender la estructura integral del derecho son igualmente inútiles, tanto analítica como normativamente. El dualismo comparte el mismo destino del concepto tradicional de soberanía. El monismo que sostiene la primacía del derecho internacional público comparte las mismas debilidades que el derecho constitucional mundial en tanto que paradigma para comprender el derecho en vigencia. En el derecho constitucional se podría pensar, basándonos en el concepto de soberanía, en mantener un monismo con la primacía del derecho estatal; es consecuente con la idea de que los principios constitucionales nacionales constituyen el punto central del universo normativo. La opinión de Antonin Scalia sobre el derecho comparado constituye un buen ejemplo de este tipo de monismo,[157] así como aquella de los autores que entienden al derecho internacional como derecho nacional para el contacto con el extranjero (äußeres Staatsrecht).[158] Pero estas opiniones pueden ser desafiadas, aún respecto de la Constitución estadounidense, como lo demuestra el argumento contundente sobre la intención de los constituyentes estadounidenses de integrar a su país en un proyecto universal.[159] En Alemania una concepción como la de Scalia no tendría cabida a la luz de la manifiesta decisión fundamental de contar con un Estado abierto.

157 Compárese con la opinión disidente del juez Antonin Scalia en la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Roper vs. Simmons*, 543, U.S., 2005; así como una discusión con el juez Stephen Breyer, ciertos extractos fueron impresos en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3, 2005, p. 519.

158 Goldsmith, Jack and Posner, Eric, *The Limits of International Law*, Oxford, 2005; Curtis, Bradley and Goldsmith, Jack, *Foreign Relations Law*, New York, 2007.

159 Jackson, Vicki C., *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, 2010, pp. 153y 154.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Existen abundantes propuestas conceptuales para captar esta nueva constelación. De particular importancia en el contexto de habla alemana podemos mencionar los siguientes conceptos: sistema multi-nivel (*Mehrebenensystem*), red (*Netzwerk*) y entramado (*Verbund*).[160] Estas propuestas conceptuales forman parte del debate internacional que concibe a esta nueva constelación desde la óptica del pluralismo jurídico.[161] La conclusión central compartida por todas las concepciones pluralistas consiste en dejar de concebir a los distintos principios que regulan las interacciones sociales y que provienen del derecho internacional público, del derecho de la Unión o del derecho estatal nacional como pertenecientes a un ordenamiento jurídico unitario. Por lo tanto rechazan el paradigma de jerarquía como símbolo del orden entre los ordenamientos.[162]Las perspectivas pluralistas se dividen en dos campos. La posición más radical sostiene que los conflictos que se ocasionan son conflictos de poder y por ende difícilmente pueden ser abordados desde la lógica jurídica.[163] La posición del diálogo

160 Sobre el concepto de entramado (*Verbund*) Bogdandy, Armin von, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999; Schönberger, Christoph, "Die Europäische Union als Bund", *AöR*, núm. 129, 2004, p. 81; sobre el concepto multinivel (*Mehrebenen*) Pernice, Ingolf, "Multilevel Constitutionalism in the European Union", *Eur. L. Rev*, núm. 27, 2002, p. 511; sobre el concepto de red (Netzwerk) Goldmann, Matthias, "Der Widerspenstigen Zähmung, oder: Netzwerke dogmatisch gedacht", en Boysen, Sigrid (ed.), *Netzwerke*, 2007, p. 225.

161 Günther, Klaus, "Rechtspluralismus und universeller Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem", *FS für Jürgen Habermas*, 2001, p. 539; Griffiths, John, "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, núm. 24, 1986, p. 1; Viellechner, Lars, "Cosmopolitan Pluralism as an Approach to Law and Globalisation", *TLT*, núm. 3, 2012, pp. 461 y ss.

162 Itzcovich, Giulio, "Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts", *ELJ*, núm. 18, 2012, pp. 358, 370.

163 Teubner, Gunther, "Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus", *Rechtshistorisches Journal*, núm. 15, 1996, pp. 255, 261, 262 y 273; veáse Fischer-Lescano, Andreas and Teubner, Gunther, *Regimekollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, 2006; Krisch, Nico, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

parte de un punto de vista diametralmente opuesto: la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones usualmente desarrollan relaciones jurídicas estables a pesar de su independencia normativa. Lo cierto es que el concepto de diálogo no está muy elaborado y puede ser malinterpretado cuando se piensa que supone una relación amistosa entre las instituciones de los varios ordenamientos. Este ensayo no pretende eso y usa el concepto de diálogo para contrastarlo con el de interacción. Hubo interacción entre los Estados Unidos y la Unión Soviética también en los momentos más críticos de la guerra fría,[164] pero no hubo diálogo porque no había una responsabilidad compartida y asumida para un proyecto común. En este sentido hay diálogo entre las cortes en el espacio jurídico europeo, un diálogo basado en las decisiones constitucionales y políticas de participar en este espacio.[165] Desde la posición del diálogo se sostiene que los conflictos fundamentales son la gran excepción, la regla más bien consiste en un trabajo conjunto y fructífero. Quien elige la regla como punto de partida para el pensamiento científico, como Hegel, y no la excepción, como Carl Schmitt, opta por el pluralismo dialogal.

3. *Los principios de los principios*

Los principios aquí mencionados pueden servir como marco para entender y desarrollar esta nueva constelación, tanto por lo que tienen en común como por lo que los distingue. Para avanzar en este marco bajo la óptica del pluralismo dialogal se necesitan las capacidades jurídicas esenciales de siempre, es decir la abstracción, la especificación, la comparación, la analogía, el sentido

164 Dyèvre, Arthur, *Game Theory and Judicial Behaviour*, 11 de marzo de 2011, disponible en *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1783507*

165 Sandulli, Aldo, "The European Court of Justice and the Competitive Dialogue between Courts", en Della Cananea, Giacinto and Sandulli, Aldo (eds.), *Global Standards for Public Authorities*, 2012, pp. 165-176.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de juicio y una clara visión de los fenómenos reales.[166] La fusión de los distintos discursos sobre los principios es igual de improbable que la fusión de los diversos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, bajo la premisa del pluralismo dialogal, estrechar vínculos entre estos discursos es tan probable como necesario. Para estrechar estos vínculos podría ser útil identificar la esencia común, de estos principios, a saber, la protección del núcleo esencial de los derechos humanos,[167] la estabilización de las expectativas normativas frente a los órganos que ejercen autoridad pública,[168] así como el vínculo de las instituciones que ejercen autoridad pública con los valores, intereses y convicciones de los afectados por sus actuaciones. Aquí se vislumbra la inclusión ciudadana en el ejercicio de la autoridad pública.[169]

166 Ejemplos cautelosos en Besson, Samantha, "The Human Right to Democracy – A Moral Defence with a Legal Nuance", paper prepared for the European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), 4 de mayo de 2010, CDL-UD, (2010)003, disponible en, *http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-UD(2010)003-e*; Ruiz Fabri, Hélène," Principes généraux du droit communautaire et droit comparé", *Droits*, núm. 45, 2007, p. 127.

167 Bernstorff, Jochen von, "Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR: vom Wert kategorialer Argumentationsformen", *Der Staat*, núm. 50, 2011, p. 165.

168 Habermas, Jürgen, *Faktizität*…., *cit*., p. 516; Luhmann, Niklas, *Das Recht*…, *cit*., pp. 150-153.

169 Habermas, Jürgen, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, 2011, p. 54; Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, London, 2009, p. 117.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PODER PÚBLICO GLOBALIZADO: COMENTARIOS DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA

Aída Torres Pérez*

I. Introducción

Como consecuencia de la creciente globalización e interdependencia, el ejercicio del poder público se desplaza hacia esferas más allá del Estado. Cada vez más, las normas y políticas públicas que se aplican y desarrollan a nivel interno son gestadas en foros supra e internacionales. Las categorías conceptuales construidas sobre la base del Estado nación difícilmente pueden dar cuenta de la nueva realidad. La soberanía estatal se está convirtiendo en un espejismo, e incluso el concepto mismo de Constitución necesita ser revisado. A su vez, el ejercicio del poder en las esferas supra e internacionales se expande y fortalece. En este contexto, son necesarias nuevas aproximaciones doctrinales que puedan dar respuesta a los retos que plantea el ejercicio del poder público globalizado.

Los artículos de los profesores von Bogdandy y Serna de la Garza incluidos en este volumen toman como punto de partida la apertura internacional del Estado, desde la perspectiva alemana y mexicana respectivamente. Ambos comparten la idea de que el derecho público vigente en el territorio del Estado ya no se

* Profesora agregada de Derecho constitucional de la Universidad Pompeu Fabra. Agradezco al Profesor von Bogdandy y a Mariela Morales Antoniazzi la oportunidad de participar en el Coloquio Iberoamericano organizado en el Max Plack Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht el 16 de julio de 2013 (Heidelberg).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

puede entender únicamente a partir de la constitución, ya sea la Ley Fundamental de Bonn, o la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El poder público ejercido dentro del Estado se define y limita en normas diversas. Por consiguiente, las constituciones estatales necesitan ser complementadas por otros instrumentos supra e internacionales.[1] Mientras que Serna de la Garza se centra en el impacto de esa apertura hacia el interior del Estado, von Bogdandy se ocupa de la conceptualización del ejercicio del poder público y su legitimidad en las esferas supra e internacional.

El objetivo de esta contribución es compartir algunas reflexiones y comentarios a partir de la lectura del trabajo de von Bogdandy, y por lo tanto desde la perspectiva europea. La perspectiva europea en ocasiones corre el riesgo de estar demasiado sesgada por la experiencia de la Unión Europea (UE), donde el ejercicio del poder público a nivel supranacional ha adquirido una dimensión propia. Los trabajos de Serna de la Garza y Clérico ofrecen la oportunidad de contrastar la experiencia europea con la latinoamericana, y comprobar en qué medida los debates que se desarrollan en Europa son trasladables al contexto de América Latina, y viceversa. Los retos que se planten como consecuencia de la apertura del Estado son similares, aunque las diferencias en

[1] von Bogdandy, Armin, "Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales", *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 152 y 181; von Bogdandy, "La integración europea a la luz de la Constitución alemana: una reflexión en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el caso Maastricht", *Cuadernos de Derecho Público,* núm. 13, 2001, p. 212; Walter, Christian, "Constitutionalizing (Inter)national Governance-Possibilites and Limits to the Development of an International Constitutional Law", *German Yearbook of International Law,* núm. 44, 2001, pp. 193-196; Cruz Villalón, Pedro, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa,* Madrid, Trotta, 2004, p. 28; Dunoff, Jeffery L., y Trachtman, Joel P. (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Gobal Governance,* Nueva York, Cambridge University Press, 2009; Capaldo, Griselda *et al*. (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional y constitucionalización del derecho internacional,* Buenos Aires, Eudeba, 2012.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

el contexto histórico, político y social pueden requerir respuestas distintas, y la necesidad de adaptar algunas nociones a la realidad propia.

Siguiendo la estructura del artículo de von Bogdandy, los comentarios se referirán a los tres ejes centrales de su trabajo: el concepto de autoridad pública internacional, los principios fundamentales como parámetro de legitimidad, y el pluralismo dialogal.

II. El poder público globalizado

Los artículos de von Bogdandy y Serna de la Garza destacan la erosión o transformación del principio de soberanía estatal como consecuencia de la apertura del Estado. Las diversas instituciones supra e internacionales aprueban normas directamente aplicables en el territorio de los Estados (como los reglamentos de la UE); dictan sentencias vinculantes (por ejemplo, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos), o emiten códigos de conducta, principios regulatorios o recomendaciones (*soft law*) que tienen impacto sobre la producción normativa o la formulación de políticas públicas a nivel interno (por ejemplo, el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional).

Aunque los Estados retengan el monopolio del uso legítimo de la fuerza, el poder público se fragmenta, en el sentido de que la toma de decisiones y la creación del derecho se produce en una pluralidad de esferas a nivel inter, supra y transnacional.[2] Algunas normas estatales meramente reproducen o desarrollan normas o decisiones tomadas en esas otras esferas.[3] Por lo tan-

[2] Delbruck, Jost, "Transnational Federalism: Problems and Prospects of Allocating Public Authority Beyond the State", *Indiana Journal of Global Legal Studies,* 2004, núm. 11, p. 39; Torres Pérez, Aída, "The Internationalization of Lawmaking Processes: Constraining or Empowering the Executive?, *Tulsa Journal of Comparative and International Law,* vol. 14, núm. 1, 2006.

[3] Delbruck, Jost, "Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?", *Indiana Journal of Global Legal Studies,* 2003, núm. 10, pp 35-36.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

to, la proliferación de instituciones y regímenes internacionales limita el poder del Estado para formular e implementar sus propias políticas públicas y al final supone un reto para la soberanía estatal como el poder para la determinación del marco de normas en un determinado territorio y para gobernar de acuerdo con el mismo.[4]

La creación de regímenes internacionales y la atribución de funciones estatales a instituciones más allá del Estado pueden justificarse en tanto que, como consecuencia de la creciente interdependencia política y económica, la capacidad de los Estados para regular efectivamente sobre el territorio nacional se ha visto mermada.[5] Por lo tanto, la regulación efectiva sobre un creciente número de materias requiere formas de acción supranacional.[6] Además, en la medida en que las decisiones de unos Estados tienen efectos sobre los ciudadanos de otros, sin que estos puedan participar en el proceso de toma de decisiones, las formas de decisión supra e internacional pueden ser más inclusivas.[7]

La globalización no sólo implica transformaciones para el Estado moderno, sino también para el derecho internacional. El ámbito del derecho internacional se ha ido expandiendo más allá del *ius belli,* y cada vez abarca más materias que antes se regulaban a nivel doméstico. Existe una tendencia hacia un mayor grado de institucionalización y coordinación de la toma de decisiones a

4 Held, David, *Democracy and the Global Order: From de Modern State to Cosmopolitan Governance,* Cambridge, Polity Press, 1995, p. 100.

5 Keohane, Robert O., "Sovereignty, Interdependence and International Institutions", en Miller, Linda B. y Smith, Michael (eds.), *Ideas and Ideals: Essays on Politics in Honor of Stanley Hoffmann,* Westview Press, 1993, p. 92; Slaugther, Anne-Marie, "Sovereignty and Power in a Networked World Order", *Stanford Journal of International Law*, núm. 40, 2004, p. 284.

6 Kingsbury, Benedict, et al., "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems,* 2005, núm. 68, p. 16.

7 Benvenisti, Eyal, "Sovereigns as Trustees of Humanity: on the Accountability of States to Foreign Stakeholders", *The American Journal of International Law,* vol. 107, núm. 2, 2013.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nivel internacional.[8] Además, la cooperación se intensifica como resultado de la proliferación de redes gubernamentales transnacionales más informales.[9] Asimismo, los actores que participan en la elaboración de políticas en estas múltiples esferas se diversifican. La globalización potencia la regulación transnacional a través de actores privados, y otras fórmulas híbridas entre actores gubernamentales y no-gubernamentales.[10] Como consecuencia, la producción del derecho nacional e internacional se descentraliza y fragmenta.[11]

El artículo de von Bogdandy reflexiona sobre el desplazamiento del ejercicio de poder público hacia instituciones supra e internacionales y propone un enfoque de derecho público. Lo que se plantea brevemente en unas pocas páginas es parte de un ambicioso e innovador proyecto de investigación desarrollado en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional que tiene como objetivo la construcción de un concepto de "autoridad pública internacional".[12]

Von Bogdandy propone un concepto amplio de autoridad pública, entendido como: "la capacidad legal de *determinar* a otros y de reducir sus libertades, es decir, de configurar *unilateralmente* su situación jurídica o de facto."[13] Esta definición todavía no es completa. Para que la autoridad ejercida reciba la consideración

8 Walter, Christian, op. cit, nota 1, pp. 175-183; Held, David, *Models of Democracy,* Cambridge, Polity, 1987, pp. 346-348

9 Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

10 Walter, Christian, op. cit, nota 1, pp. 186-187; Kingsbury, op. cit., nota 6, pp. 22-23.

11 Koskenniemi, Martti, "Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law", *Report of the Study Group of the International Law Commission,* United Nations, 2006.

12 von Bogdandy, Armin *et al*. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Heidelberg, Springer, 2010.

13 Bogdandy, Armin von, en este volumen.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de "pública" es necesaria una atribución competencial previa por parte de actores públicos:

> Se puede entender que la autoridad supranacional e internacional es pública cuando se basa en una competencia que hubiese sido conferida por medio de un acto realizado junto con otros actores públicos —en general por los Estados— para cumplir con una tarea pública que precisamente estos actores entienden como tal y cuya caracterización como tal les es permitida. El carácter público del ejercicio de poder depende así de su fundamento jurídico.[14]

Por consiguiente, una institución ejerce poder público si,

1. Existe una atribución competencial previa por parte de actores públicos para
2. Adoptar actos jurídicamente vinculantes
3. O adoptar actos que tengan la capacidad de determinación desde un punto de vista fáctico.

A partir de esta conceptualización de la autoridad pública internacional, nos planteamos tres dudas: en primer lugar, ¿cuál es la relación entre *autoridad y legitimidad*?

Tanto la noción de legitimidad como la de autoridad pueden entenderse desde un punto de vista normativo o descriptivo.[15] Desde un punto de vista normativo, la legitimidad se refiere a las condiciones o razones que justifican la reclamación de autoridad. La legitimidad normativa pretende determinar cuándo una institución debe ser obedecida. Por otro lado, desde un punto de vista descriptivo, siguiendo a Weber, una institución es legítima si la reclamación de obediencia es percibida como justificada por los destinatarios y por lo tanto la obediencia se basa en la creencia

14 *Idem.*

15 Steffek, Jens, "The Legitimation of International Governance: A Discourse Approach"*, European Journal of International Relations,* núm. 9, 2003, pp. 253-254.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de que la autoridad ejercida está justificada.[16] Para la noción de legitimidad, lo relevante son los motivos por los que una institución es obedecida. Ahora bien, la obediencia por sí misma no es medida de legitimidad (ni normativa ni descriptiva). Por ejemplo, puedo obedecer a un dictador para evitar ser ejecutado.[17]

También puede distinguirse entre una noción normativa o descriptiva de autoridad. Desde un punto de vista normativo, una institución tiene autoridad cuando debe ser obedecida, independientemente de si lo es o no. Por consiguiente, la cuestión es si existen razones legítimas que justifiquen la reclamación de autoridad. Por otro lado, desde un punto de vista descriptivo, una institución tiene autoridad cuando las normas o decisiones que emanan de la misma son de hecho obedecidas por los destinatarios. Desde esta perspectiva, la pregunta sobre si una institución tiene autoridad o no es una cuestión fáctica. Puede ser respondida a partir de la observación de la realidad. Lo que necesita ser investigado es si la conducta de aquellos a quienes las normas o decisiones se dirigen es conforme a las mismas, independientemente de sus motivos.

Von Bogdandy enfatiza la distinción entre autoridad y legitimidad. En primer lugar, pretende identificar los actos de ejercicio de autoridad pública, para a continuación establecer el parámetro de legitimidad desde la perspectiva de los principios fundamentales. Ahora bien, mientras que el concepto de legitimidad que utiliza es normativo, el de autoridad parecería desdoblarse en su dimensión normativa y descriptiva.

Por un lado, cuando se trata de instituciones que no tienen reconocido el poder de dictar normas vinculantes, pero que efectivamente condicionan la conducta de otros, la noción de autoridad pública internacional es de tipo descriptivo (o fáctico).

Por otro lado, cuando se trata de instituciones con el poder de dictar normas vinculantes, la previa atribución de una potestad

16 *Ibidem,* p. 253.

17 Hart, Herbert L.A, *The Concept of Law,* Oxford, OUP, 1997, pp. 82-88.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

normativa (y la consiguiente capacidad de determinación jurídica) es suficiente, independientemente de su capacidad para condicionar la conducta de otros desde un punto de vista fáctico. Esta definición de la autoridad a través de la previa atribución competencial puede concebirse como una noción normativa de autoridad. Podría argumentarse que existe un deber de obediencia sobre la base de una norma atributiva de poder, y que la reclamación de autoridad por parte de la institución internacional está justificada en la medida en que los autores del tratado o acto constitutivo de la misma han reconocido el carácter vinculante de sus actos. Así, la autoridad se basaría en el previo consentimiento. Por lo tanto, en este caso autoridad y legitimidad en parte se solapan. Ahora bien, ello no agota el análisis de legitimidad desde otras perspectivas. Podría distinguirse entre legitimidad en el origen y en el ejercicio. La autoridad podría considerarse legítima desde la perspectiva del origen de su poder, pero no respetar otros criterios de legitimidad en el ejercicio, como el respeto de los derechos humanos o el principio democrático.

Además, al prescindir del elemento fáctico, si una institución tiene la capacidad de dictar normas vinculantes, pero estas son sistemáticamente desobedecidas por los destinatarios, afirmar que tiene autoridad puede resultar vacío.[18] En el contexto internacional, la efectividad del ejercicio de autoridad es de especial relevancia, en la medida en que las instituciones internacionales no pueden recurrir al uso de la fuerza para obligar al cumplimiento de sus decisiones.

Al final, la formulación de un concepto ampliado de autoridad pública pretende abarcar situaciones en las que instituciones internacionales, sin tener reconocido el poder de dictar normas vinculantes, efectivamente determinan la situación de otros. Por lo tanto, se pretende superar una aproximación formalista en la que el poder público se limitaría a lo definido como jurídicamente vinculante. En las esferas supra e internacional esta aproximación dejaría fuera formas de actuación con un creciente impacto. Aho-

18 *Idem.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ra bien, es importante tener presentes las diferencias que subyacen desde un punto de vista conceptual al englobar nociones de autoridad diversas y los riesgos de un tratamiento unitario. Por ejemplo, el ejercicio de autoridad pública internacional podría implicar o no la existencia de un deber de obediencia, según los casos. La definición de autoridad desde un punto de vista descriptivo no da cuenta de la existencia de una obligación, sino sólo del hecho fáctico del cumplimiento.

En segundo lugar, ¿cómo debe entenderse la *capacidad de determinación* desde un punto de vista fáctico? En el texto se ofrecen algunos ejemplos, como los estándares de la OCDE para evitar la doble imposición o los informes PISA en materia de educación.[19]

Ahora bien, la construcción del concepto de autoridad pública requeriría poder concretar cuándo la capacidad de determinación es "suficiente" para hablar de ejercicio de autoridad pública. Algunos Estados podrían decidir seguir los estándares o recomendaciones establecidos por instituciones internacionales, mientras que otros no. O podrían seguirlos sólo en parte; o hacerlo en alguna ocasión, pero no en otras. ¿Cuáles serían los criterios relevantes? ¿Qué tipo de indicadores deberíamos tomar en consideración para su evaluación? Y al final, ¿cómo distinguir el ejercicio de autoridad de la persuasión o la mera influencia?

El autor declara que "existe condicionamiento cuando un acto presiona a otro sujeto a hacer o abstenerse de hacer algo y cuando esta presión sólo puede ser resistida con dificultad".[20] Ahora bien, esa dificultad puede ser definida desde perspectivas distintas (económica, política, social), y admite grados.

A continuación se hace referencia a los motivos por los que un Estado puede decidir seguir los estándares o directrices no vinculantes establecidos a nivel internacional, como por ejemplo que los beneficios del cumplimiento superen los perjuicios del incum-

19 Véase, Bogdandy, Armin, von *et al., op. cit*, nota 12.

20 Bogdandy, Armin von, en este volumen.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

plimiento; o que existan mecanismos para imponer sanciones o repartir beneficios; o como consecuencia del poder comunicativo de actos de las instituciones internacionales.

Los motivos por los que los Estados deciden acomodar su actuación a las directrices establecidas a nivel internacional pueden ser de muy diverso tipo. Entonces, en la medida en que los motivos se consideren relevantes para la construcción del concepto de autoridad pública internacional, debería concretarse qué tipo de motivos serían relevantes para distinguir entre autoridad y otras formas de influencia o persuasión.

En tercer lugar, el carácter "público" del ejercicio de autoridad se define desde la *previa atribución competencial para cumplir con una tarea pública por parte de actores públicos*. El autor reconoce el carácter formalista de esta definición de lo "público", que por otro lado podría dejar fuera actores informales. Por ejemplo, las redes transnacionales pueden existir en el marco de organizaciones internacionales, acuerdos gubernamentales o desarrollarse espontáneamente.[21] La noción de lo público ha recibido mayor desarrollo en trabajos anteriores, tanto desde la perspectiva del interés público, como de los actores que ejercen autoridad pública internacional.[22] Explícitamente se incluyen entes formales e informales, desde organizaciones internacionales con personalidad jurídica propia, a redes transnacionales.[23]

En cualquier caso, sin cuestionar ahora la manera como se delimita el ámbito de lo público, nos podemos plantear las implicaciones de la conceptualización de la autoridad pública internacional a partir de una previa atribución competencial por parte de los Estados desde la perspectiva del principio de soberanía estatal.

21 Slaughter, Anne-Marie, *op. cit*., nota 9, pp. 45-49, indica como el G8 o el Comité de Basilea, aunque no se basen en ningún tratado, han adquirido cierta estabilidad e influencia.

22 von Bogdandy, Armin, et al., "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities", *German Law Journal,* vol. 9, núm. 11, 2008, pp. 1383-1386.

23 *Ibidem,* p. 1385.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Podría argumentarse que en tanto que es el propio Estado el que consiente a sujetarse al poder ejercido por otros, el poder público internacional no sería "unilateral", sino previamente aceptado por el Estado. Además, el consentimiento podría ser revocado. Podría concluirse entonces que pervive el principio de soberanía estatal como fuente última de poder.

Sin embargo, como se argumentaba al inicio de esta sección, como consecuencia de la descentralización del ejercicio del poder público en múltiples esferas, que escapan al control de los órganos estatales, y el impacto en normas y políticas internas, la soberanía no puede seguirse entendiendo del mismo modo.[24] La fuente originaria del poder puede seguir hallándose en el Estado,[25] pero se menoscaba su autonomía para la definición de las propias políticas públicas y el contenido del derecho aplicable internamente.[26] El argumento que sostiene que el Estado sigue siendo el soberano sobre la base del consentimiento apunta a una noción reduccionista de la soberanía en la medida en que una vez operada la transferencia de poderes a través de la creación de instituciones internacionales, el poder ejercido escapa al control del Estado.

Esto no significa que los Estados desaparezcan y sean sustituidos por instituciones supra e internacionales. En gran medida, son

24 See Walker, N. (ed.), *Sovereignty in Transition. Essays in European Law,* Portland, Hart Publishing, 2006.

25 De hecho, von Bogdandy, en este volumen, admite que "La soberanía estatal se caracteriza por el poder de definir las competencias (*Kompetenz-Kompetenz*), en otras palabras, por ser el poder soberano originario y por tener la capacidad de recurrir a mecanismos de coacción, y, particularmente en Alemania, a una identidad colectiva y a una solidaridad establecida."

26 Un ejemplo claro es el de la UE. Aunque pueda argumentarse que en la medida en que cada Estado consintió a la transferencia de acuerdo con la propia Constitución, se salvaguarda la soberanía del Estado, en realidad los poderes transferidos se regulan en el texto de los Tratados de la UE y son ejercidos por las instituciones europeas. Los Estados están obligados a aplicar el derecho europeo cuya aprobación no requiere unanimidad en un número creciente de materias. Además, aunque por primera vez en el tratado de Lisboa se prevea la posibilidad de separación de la UE, los costes políticos y económicos lo hacen bastante impracticable.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

los propios Estados los que promueven el desarrollo del derecho internacional en sus múltiples formas. Sassen declara que la soberanía, más que erosionarse como consecuencia de la globalización y las organizaciones supranacionales, se transforma.[27] Se quiebra la correspondencia entre soberanía —como el ámbito de poder estatal— y el territorio nacional; a su vez, el ejercicio del poder público se desplaza hacia otras esferas.

III. Tres principios fundamentales a tres niveles

El núcleo del artículo se ocupa de identificar los tres principios fundamentales que se consideran esenciales para la legitimidad del poder público ejercido a nivel nacional, supranacional e internacional. Esos tres principios son: democracia, Estado de derecho y protección de los derechos humanos.

Para identificarlos, el autor declara basarse en el derecho positivo y la jurisprudencia. Con gran elegancia estructural, examina la proyección *ad intra* y *ad extra* de cada uno de ellos, es decir su proyección hacia el interior de cada una de esas esferas, y desde esa esfera hacia las otras dos. A continuación se pondrán de relieve dos ausencias y lo que podría ser un "convidado de piedra".

1. *Principio de Estado social*

Siguiendo el método que emplea el autor para la identificación de los principios fundamentales, podríamos concluir que el principio de Estado social debería incluirse entre los principios fundamentales.

El principio de Estado social se formula en la Ley Fundamental de Bonn [artículo 20(1)], así como en las constituciones de diversos Estados miembros de la UE. Además, precisamente en el caso de Alemania, la Ley Fundamental de Bonn proyecta el

27 Sassen, Saskia, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization,* Nueva York, Columbia University Press, 1996, pp. 29-31.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

principio de Estado social hacia la UE y exige su salvaguardia [artículo 23(1)].

Desde la perspectiva de la UE, son diversas las referencias a aspectos vinculados con el Estado social en los artículos 2 y 3 TUE. El artículo 2 TUE se refiere a los valores comunes a los Estados miembros, en una sociedad caracterizada por la justicia y la solidaridad, entre otros. El artículo 3 TUE, apartado primero, establece entre las finalidades de la Unión promover el bienestar de sus pueblos. El apartado tercero proclama que "La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño". A continuación establece que "La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros". Además, el apartado quinto del artículo 3 TUE, que se refiere a las relaciones de la UE con "el resto del mundo", establece que la Unión contribuirá a la solidaridad entre los pueblos y la erradicación de la pobreza.

En particular, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el Tratado de Lisboa reconoció fuerza jurídica vinculante, incluye en el Título IV, denominado "Solidaridad", un conjunto de derechos sociales. Por ejemplo, el derecho de negociación y de acción colectiva, la protección en caso de despido injustificado, la seguridad social y ayuda social, la protección de la salud, la protección del medio ambiente y la protección de consumidores. Su eficacia, no obstante, está matizada por las referencias constantes a la legislación europea o nacional.[28]

En el derecho internacional público, el principio de justicia social también está presente, así como el reconocimiento de dere-

28 Diversos preceptos están inspirados en la *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores* adoptada en 1989, y que establece los grandes principios sobre los que se basa el modelo europeo de derecho laboral e incluye un conjunto de derechos sociales.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

chos sociales.[29] La Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que

> Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado en 1966, y en vigor desde 1976, incluye, entre otros, el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social, y a la vivienda. El rol del PIDESC y sus mecanismos de garantía se han intensificado a lo largo del tiempo.[30]

En 1985 se estableció el Comité de DESC con la función de supervisar el cumplimiento del PIDESC por parte de los Estados. Su funcionamiento estaba basado en los informes remitidos por los Estados. El Protocolo Facultativo al Pacto, adoptado en 2008, previó también la presentación de comunicaciones individuales, y por lo tanto ha reforzado el régimen de protección y control de estos derechos.[31]

Además, existen organizaciones internacionales creadas en ámbitos específicos vinculados a derechos sociales, como la Or-

29 Eide, Asbjorn *et al., Economic, Social and Cultural Rights,* Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.

30 Shany, Yuval, "Stuck in a Moment in Time: The International justiciability of Economic, Social and Cultural Rights", en Barak-Erez, Daphne y Gross, Aeyal M., *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice,* Portland, Hart Publishing, 2007, defiende que los DESC son justiciables a nivel internacional y que pueden ser aplicados por tribunales internacionales.

31 Cascajo Castro, José Luis, "Una voz para la integración latinoamericana a través del derecho: los derechos sociales", p. 554. Sobre la interdependencia entre ambos, antes de la adopción del Protocolo facultativo, Scott, Craig, "The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 27, núm 4, 1989.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ganización Internacional del Trabajo (OIT); o la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO).

A nivel regional, en el seno del Consejo de Europa, se firmó la Carta Social Europea en 1961 (revisada en 1996). Entre los derechos incluidos se encuentran el derecho al trabajo, a unas condiciones de trabajo equitativas, a la seguridad e higiene en el trabajo, al derecho sindical, y el derecho a la seguridad social. La Carta Social Europea goza de un mecanismo de control a través del Comité Europeo de Derechos Sociales, cuya función es supervisar que la legislación y práctica de los Estados sean conformes con la Carta. Ahora bien, no tiene carácter judicial y sus decisiones no son vinculantes. El Protocolo Adicional adoptado en 1996 introdujo un nuevo procedimiento de demanda colectiva, que permite que determinados grupos, como sindicatos u organizaciones no gubernamentales presenten sus quejas ante el Comité.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en ocasiones ha protegido derechos sociales a través de su vinculación con derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[32] y ha proclamado el principio de indivisibilidad e interdependencia.[33] Por ejemplo, ha protegido derechos de asistencia social y médica a través de la vinculación con el derecho a la propiedad (artículo 1o., Protocolo 1), a la vida (artículo 2o.), la prohibición de trato inhumano o degradante (artículo 3o.), el respeto de la vida privada y familiar (artículo 8o.), o la no discriminación (artículo 14).[34] También ha protegido el derecho

32 Brems, Eva, "Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights", en Barak-Erez, Daphne y Gross, Aeyal M., *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice,* Portland, Hart Publishing, 2007.

33 *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979, par. 26: "Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature… there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention."

34 Véanse las sentencias citadas en Gómez Heredero, Ana, "Social Security as a Human Right. The Protection afforded by the European Convention on Human Rights", *Human Rights Files*, núm. 23, Council of Europe Publishing, 2007.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

a la salud medioambiental por su conexión con la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH).[35] Recientemente, se han planteado diversos casos ante el TEDH en relación con el derecho a la vivienda frente a órdenes de desahucio.[36] Aunque éste no es un derecho reconocido en el CEDH, se ha alegado la vulneración de los artículos 3o. y 8o. CEDH. Por ejemplo en *Ceesay Ceesay y otros c. España*, el TEDH dictó una medida cautelar para detener el proceso de desahucio.

En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, realizada en Bogotá en 1948, ya incluyó derechos sociales, como la preservación de la salud y el bienestar o el derecho a la seguridad social. No obstante, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se limitó al reconocimiento de derechos civiles y políticos. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha sido ajena a derechos sociales. Con fundamento en el artículo 26 CIDH ha proclamado el deber de los Estados de realizar una aplicación progresiva de los derechos sociales, especialmente para grupos vulnerables.[37] Además, ha protegido derechos sociales indirectamente a través de la protección de derechos civiles sobre la base de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, como por ejemplo el derecho a la salud vinculado al derecho a la integridad personal; o el derecho a la seguridad social, en conexión con el derecho a la propiedad privada. Por su parte, el Protocolo de San Salvador, adoptado en 1988, reconoce un conjunto de derechos sociales,

35 *Powell y Rayner c. Reino Unido,* de 21 de febrero de 1990; *López Ostra c. España,* de 9 de diciembre de 1994, para. 54-55; *Moreno Gómez c. España*, de 16 de noviembre de 2004, para. 59; *Giacomelli c. Italia, Italy*, de 2 de noviembre de 2006, para. 92-93.

36 *Mohamed Raji y otros c. España,* presentada el 15 de enero de 2013 (núm. 3537/13); *A.M.B. y otros c. España*, presentada el 6 de diciembre de 2012 (núm., 77842/12), pendientes de resolución.

37 Piovesán, Flavia, "Protección de los derechos sociales en el ámbito global y regional interamericano", en Saiz Arnaiz, Alejandro et al. (coord.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea,* Oñati, IVAP, 2011, pp. 569-570.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

como el derecho al trabajo, derechos sindicales, derecho a la seguridad social, derecho a la salud, a un medio ambiente sano, y a la educación.[38]

En resumen, el principio de Estado social se formula en las tres esferas, nacional, supranacional e internacional, y en su relación recíproca. Precisamente a nivel internacional, puede observarse una progresiva tendencia al fortalecimiento de los mecanismos de supervisión del respeto de los derechos sociales. La crisis económica actual que sufre Europa ha implicado uno de los mayores retos para el Estado social. El recorte de derechos sociales a nivel nacional ha incentivado el recurso a instancias internacionales. Así, la ausencia del principio de justicia social entre los principios fundamentales del poder público internacional es difícilmente justificable.

2. *Principio de competencia*

El principio de competencia puede entenderse desde una perspectiva horizontal (competencia del órgano) o vertical (competencia del ente).[39] El principio de competencia establece el poder de un órgano o ente sobre una materia. Como declara von Bogdandy, "las teorías sobre las competencias constituyen un elemento central de toda teoría del derecho público".[40] En el contexto multinivel, el principio de competencia, especialmente en su dimensión vertical, adquiere una relevancia fundamental.

De hecho, el autor se refiere en diversas ocasiones al principio de competencia en el marco del principio del Estado de derecho. Por ejemplo, al examinar los principios establecidos en la Ley Fundamental de Bonn, declara que el principio de Estado de de-

38 *Ibidem,* pp. 567-571.

39 von Bogdandy, "Conceptos básicos de una doctrina de la competencia del ente supranacional", *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 364.

40 *Ibidem*, p. 363

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

recho se concreta a partir de la regulación de competencias, que a su vez es expresión del principio de separación de poderes. En su proyección hacia las autoridades supra e internacionales, declara que "una organización internacional no debe exceder el mandato democráticamente legitimado que se le haya encomendado; esto explica el rol central de las doctrinas sobre las competencias. Además, la transferencia de competencias no debe afectar la estructura fundamental de la Constitución".[41] En el ámbito de los principios fundamentales de la UE, declara que "Las disposiciones detalladas sobre las competencias de la UE son muy importantes, tanto para el principio democrático como para el Estado de derecho".[42]

Especialmente en el contexto de la Unión Europea, la centralidad del principio de competencia es incuestionable. Además, ha sido la fuente de uno de los principales conflictos constitucionales protagonizados por el Tribunal Constitucional federal alemán que reclamó la función de guardián último del principio de atribución de competencias (*Kompetenz-Kompetenz*). En la sentencia sobre el Tratado de Maastricht, confirmada por la sentencia sobre el Tratado de Lisboa, el Tribunal Constitucional declaró su poder para controlar la ejecución de la normativa europea en caso de extralimitación competencial (*ultra vires*).[43]

41 von Bogdandy, en este volumen.

42 *Idem*. En un anterior artículo, von Bogdandy, "Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales", *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, *cit*., pp. 173-177, incluía los principios del orden competencial.

43 MacCormick, Neil, "The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now", *European Law Journal,* núm. 1, 1995; Grimm, Dieter, "The European Court of Justice and National Courts: the German Constitutional Perspective after the Maastricht Decision", *Columbia Journal of European Law,* 1997, núm. 3, pp. 235-238; Tomuschat, Christian, "Lisbon-Terminal of the European Integration Process? The Judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009", *Heidelberg Journal of International Law,* núm. 70, 2010; González Pascual, Maribel, "El Tribunal Constitucional Federal alemán ante la integración europea: últimas aportaciones", en Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio, y Jáuregui Bereciartu, Gurutz, *Derecho Constitucional europeo,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 279-280, 289.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Así, en el texto se reconoce la relevancia del principio de competencia, pero no se le otorga un trato individualizado como principio fundamental. Ahora bien, dada su relevancia para el ejercicio del poder público en todos los niveles, su ausencia resulta llamativa. Además, desde el punto de vista relacional, adquiere especial importancia en el marco multinivel, en el que la operatividad del principio de jerarquía es limitada. El principio de competencia es el fundamento mismo del poder público, condición de validez de las normas y al final de la legitimidad de su ejercicio.

3. *Principio democrático*

Finalmente, podría problematizarse la inclusión del principio democrático como parámetro de legitimidad de la autoridad pública supra e internacional. En el seno de la UE, el principio democrático se proclama como uno de los valores que fundamentan la Unión en el artículo 2 TUE.[44] Ahora bien, pese al fortalecimiento progresivo del Parlamento europeo que culmina con Lisboa, todavía pervive la crítica al déficit democrático de la UE. El déficit democrático no sólo deriva del hecho de que el Parlamento no sea la principal institución en la producción de normas, sino que es más profundo y tiene que ver con la posibilidad de construir un sistema democrático más allá del Estado, con la ausencia de una comunidad política que comparta una identidad colectiva o *demos* europeo, de partidos políticos de ámbito europeo, y de un espacio público en el que se desarrolle un debate transnacional sobre temas de interés general.[45]

44 Sobre los valores del artículo 2 como principios, véase von Bogdandy, Armin, *op. cit*., nota 42.

45 Grimm, Dieter, "Does Europe Need a Constitution?", *European Law Journal,* núm. 1, 1995, pp. 292-297; Habermas, Jürgen, "Comment on the paper by Dieter Grimm: Does Europe need a Constitution?", *European Law Journal,* núm. 1, 1995, pp. 305-307; Curtin, Deirdre, M., *Postnational Democracy. The European Union in search of a Political Philosophy,* The Hague, Kluwer, 1997, pp. 56-61.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La consideración del principio democrático como principio fundamental del derecho internacional público y de las organizaciones internacionales plantea todavía mayores dificultades. Von Bogdandy reconoce esas dificultades, en tanto que el principio democrático ni se formula claramente como principio del derecho internacional público, ni tampoco se proyecta hacia los Estados,[46] o las organizaciones internacionales. Sin embargo, argumenta que aunque no se exija un funcionamiento democrático a las organizaciones internacionales, se han formulado otros criterios de legitimidad vinculados a la democracia, como la rendición de cuentas (*accountability*). Ahora bien, precisamente la formulación de mecanismos de legitimidad alternativos muestra la dificultad de trasladar ese principio al ámbito internacional.

El principio democrático puede ser una aspiración a nivel internacional, y podría abogarse por la necesidad de establecer mecanismos que garanticen la legitimidad democrática de las decisiones que se toman en las esferas internacionales, pero es arriesgado afirmar que en el contexto actual es un principio fundamental del derecho internacional. Proclamarlo como principio fundamental del ejercicio del poder público internacional, y por lo tanto como condición de legitimidad, podría tener consecuencias no deseables: o adoptar una versión demasiado débil de la democracia, o concluir que el poder ejercido por organizaciones internacionales debería calificarse como ilegítimo.

Desde la perspectiva del modelo de democracia representativa, el problema reside en la globalización misma, como proceso de des-nacionalización, y al final la ruptura del paradigma de la soberanía nacional.[47] El modelo de legitimidad democrática sobre la base del consentimiento popular presupone un pueblo que se autogobierna y determina su propio futuro dentro de los límites

46 La Carta de las Naciones Unidas se limita a exigir a sus Estados miembros que sean, de conformidad con el artículo 4(1), "amantes de la paz".

47 Torres Pérez, Aída, *op. cit*., nota 2, p. 19.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

territoriales del Estado.[48] Sin embargo, como consecuencia de la globalización, no todo el poder que se ejerce en el Estado deriva de fuentes estrictamente nacionales.[49] La producción del derecho se produce en una pluralidad de foros más allá del Estado.[50] El hecho de que estos procesos no respondan al modelo democrático clásico no significa que las normas aprobadas y otras formas de toma decisiones transnacionales sean ilegítimas. Un concepto de legitimidad que presupone la unidad entre Estado-poder-nación no puede ser transferido a la esfera internacional. Por el contrario, es necesario revisar las fuentes de legitimidad a la luz de las formas de ejercicio del poder en un mundo globalizado.[51]

Desde la perspectiva de la filosofía política, diversos autores han formulado modelos democráticos alternativos aplicables a la esfera internacional[52] como la democracia deliberativa[53] o la democracia cosmopolita.[54] Desde distintas perspectivas, la "accountability" de los actores que participan en el ejercicio del poder público se considera esencial para la garantía de la legitimidad de la producción del derecho a nivel internacional.[55] En esta línea, algunos insisten en la necesidad de establecer mecanismos para

48 Independientemente de los retos que implica la globalización, el ideal de democracia representativa ha sido cuestionado desde una perspectiva descriptiva y normativa, y se han propuesto modelos alternativos de democracia, como por ejemplo, pluralista, elitista competitiva o neocorporativista, véase Held, David, *op. cit*., nota 8.

49 MacCormick, Neil, "Beyond the Sovereign State", *Modern Law Review,* 1993, núm. 56, p. 16.

50 Held, David, "Democracy and the New International Order", en Archibugi, Daniele y Held, David (eds.) *Cosmopolitan Democracy,* 1995, p. 99.

51 Torres Pérez, Aída, *op. cit*., nota 2, pp. 19-20.

52 Held, David, *op. cit*., nota 50, pp. 96-97.

53 Curtin, Deirdre, *op. cit*., nota 45; Steffek, Jens, *op. cit*., nota 15, p. 271.

54 Held, David, *op. cit*., nota 49, pp. 106-117

55 Slaughter, Anne-Marie, "The Accountability of Government Networks", *Indiana Journal of Global Legal Studies,* 2001, núm. 8, p. 347; Delbruck, Jost, *op. cit*., nota 3, p. 42; Kingsbury, Benedict *et al*., *op. cit.*, nota 6, p. 17.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

garantizar la transparencia,[56] y participación[57] en los procesos de toma de decisiones más allá del Estado.[58] La revisión judicial, ya sea nacional, supranacional o internacional, es también un importante mecanismo de control.[59] Además, el conocimiento técnico especializado (*expertise*), y sobre todo la efectividad de la regulación internacional para alcanzar resultados específicos puede contribuir a la legitimidad desde la perspectiva del resultado (*output legitimacy*).[60] Al final, la legitimidad puede derivarse de la combinación de diversas fuentes. La diversificación de las formas de autoridad puede requerir también formas y estrategias diversas para garantizar su legitimidad.[61]

IV. Pluralismo y diálogo

Como indica von Bogdandy, el hecho de que las esferas nacional, supranacional e internacional compartan los tres principios que se identifican como fundamentales, no significa que sean entendidos del mismo modo. Por ejemplo, las tres esferas comparten el principio de protección de derechos, pero un mismo derecho puede ser interpretado de manera distinta por el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el TEDH. Surge la pregunta sobre cómo resolver los potenciales conflictos, que no son tanto conflictos directos entre principios, sino en su manifestación a través del derecho positivo o la jurisprudencia, o de manera más amplia, de la actividad de las instituciones que ejercen poder público.

56 Slaughter, Anne-Marie, *op. cit*., nota 9, pp. 235-237.

57 Shapiro, Martin, "Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance", *Indiana Journal of Global Legal Studies,* 2001, núm. 9, p. 374

58 Kingsbury, Benedict, *et al*., *op. cit*., nota 6, pp. 34-39.

59 *Ibidem*, p. 40.

60 Delbruck, Jost, *op. cit*., nota 3, pp. 42 y 43.

61 *Ibidem,* p. 43.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

1. *Pluralismo*

Compartimos el rechazo del monismo y el dualismo como construcciones doctrinales para la articulación entre ordenamientos en el escenario actual.[62] Estas teorías han dejado der ser útiles para enfrentarnos a una realidad en la que la línea divisoria entre lo nacional, lo supranacional y lo internacional es cada vez más difusa, y en la que se cuestiona el principio de jerarquía.

En la literatura académica se ha desarrollado una línea de investigación que propone el pluralismo como modelo alternativo para conceptualizar la relación entre ordenamientos jurídicos distintos. La formulación inicial del modelo pluralista aplicado a la UE corresponde en gran medida a MacCormick.[63] Posteriormente, se han formulado tesis pluralistas diversas, así como aproximaciones alternativas.[64]

62 Bogdandy, Armin von, "Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law", *ICON,* 2008, núm. 6, p. 400, califica el monismo y el dualismo de zombies intelectuales.

63 MacCormick, Neil, *op. cit*., nota 43, pp. 264 y 265; MacCormick, Neil, "Risking Constitutional Collision in Europe", *Oxford Journal of Legal Studies,* núm. 18, 1998, pp. 528-532; MacCormick, Neil, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European commonwealth,* Oxford, OUP, 1999, pp. 117-121, después de defender un pluralismo radical, se decantó por un modelo pluralista bajo el derecho internacional, en el que los potenciales conflictos deben someterse a mecanismos de resolución en el marco del derecho internacional.

64 Walker, Neil, "The Idea of Constitutional Pluralism", *The Modern Law Review,* núm. 65, 2002; Maduro, Miguel P., "Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action", en Walker, Neil, *Sovereignty in Transition,* Oregon, Hart Publishing, 2006; Bustos Gisbert, Rafael, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución,* IVAP, Oñati, 2005; Torbisco, Neus, "Beyond Unity and Coherence: the Challenge of Legal Pluralism in a Post-National World", *Revista Jurídica UPR,* núm. 77, 2008; Krisch, Nico, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law,* Oxford, OUP, 2010; Kumm, Mattias, "The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty", *European Law Journal,* núm. 11, 2005; Martinico, Giuseppe, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process,* Oxon, Routledge, 2013; Pernice, Ingolf, "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?", *Common Market Law Review,* núm. 36, 999;

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

A grandes rasgos, en un modelo pluralista coexisten un conjunto de ordenamientos jurídicos, distintos pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas.[65] La falta de jerarquía entre las normas fundacionales de los sistemas jurídicos que interactúan en un mismo ámbito espacial no es un defecto a superar, sino una característica básica del modelo.

Podría reconocerse valor descriptivo al pluralismo, pero al mismo tiempo abogar por la recuperación de un modelo jerárquico. Las dificultades para formular una alternativa clara al modelo de Estado soberano constitucional pueden llevar a intentar explicar y reconstruir esta nueva realidad a través de categorías conocidas.[66] Ahora bien, el pluralismo constitucional no sólo proporciona una mejor explicación de la realidad, sino que se postula como modelo normativo.[67]

Un modelo pluralista con pretensión normativa debe enfrentarse a las objeciones que podrían formularse principalmente desde los riesgos para la coherencia, la seguridad jurídica, la estabilidad, o también para el principio democrático, en tanto que los procesos de creación de normas se descentralizan y se trasladan a contextos alejados de la comunidad política en la que se aplican.[68]

Baquero Cruz, Julio, "The Legacy of the Masstricht-Urteil and the Pluralist Movement", *European Law Journal,* vol. 14, núm. 4, 2008; Eeckhout, Piet, "Human Rights and the Autonomy of EU Law: Pluralism or Integration?", *Current Legal Problems,* 2013.

65 MacCormick, Neil (1999), *op. cit*., nota 63, p. 104: "Where there is a plurality of institutional normative orders, each with a functioning constitution (at least in the sense of a body of higher-order norms establishing and conditioning relevant governmental powers), it is possible that each acknowledge the legitimacy of every other within its own sphere, while none asserts or acknowledges constitutional superiority over another".

66 Torres Pérez, Aída, "En defensa del pluralismo constitucional", en Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio, y Jáuregui Bereciartu, Gurutz, *Derecho Constitucional europeo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 165 y 166.

67 Maduro, Miguel P., *op. cit*., nota 64, pp. 522-523; en contraposición Baquero Cruz, Julio, *op. cit*., nota 64, pp. 417-418.

68 Torres Pérez, Aída, *op. cit*., nota 66, pp. 166-171.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Al final, la propuesta de un modelo pluralista debe responder a la pregunta sobre los valores que lo fundamentan y las razones que lo justifican. Las virtudes del pluralismo pueden estar relacionadas, entre otras, con la flexibilidad, un mayor respeto a la diversidad, la inclusión,[69] o los límites al poder desde la perspectiva del equilibrio institucional (*checks and balances*).[70] Al inicio del artículo, von Bogdandy declara que el proceso de apertura puede llevar a una constelación en la que los principios fundamentales gozan de mejor protección que en la constelación nacional por sí sola. La defensa del pluralismo como modelo debería mostrar cómo el marco pluralista contribuye a una mejor realización de esos principios.

2. *Diálogo*

Bogdandy clasifica las propuestas pluralistas en dos categorías: el pluralismo radical frente al dialogal, y se decanta por la segunda. En el pluralismo radical los conflictos se conciben como conflictos de poder y por lo tanto no pueden ser resueltos desde el derecho. El pluralismo dialogal parte de "la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones usualmente desarrollan relaciones jurídicas estables a pesar de su independencia normativa".[71]

Pero ¿en qué medida, el resultado que observamos es fruto del diálogo, entendido como intercambio de argumentos, y no precisamente de las relaciones de poder? El propio autor reconoce que el concepto de diálogo no está muy elaborado, y distingue el diálogo de la simple interacción.[72] A nuestro juicio, la invocación del diálogo requiere de una mayor elaboración y justificación. El

69 Nico Krisch, *op. cit*., nota 64, pp. 225-296.

70 Torres Pérez, Aída, *op. cit*., nota 66, pp. 171-177.

71 Bogdandy, en este volumen.

72 Bogdandy declara que el elemento clave para el desarrollo de diálogo entre instituciones es la existencia de una "responsabilidad compartida y asumida para un proyecto común".

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

uso prolífico de la noción de diálogo[73] ha contribuido a oscurecer su significado. Una teoría robusta de diálogo requiere concretar el concepto de diálogo y su justificación normativa, las pre-condiciones para su desarrollo, los actores, y sus cauces.[74]

Además, el diálogo puede ser especialmente fructífero y adecuado en algunos ámbitos, como es el de los derechos fundamentales, pero no tanto en otros, como la distribución de competencias.[75] En el contexto europeo, los derechos fundamentales se reconocen en las esferas nacional, supranacional e internacional a través de las respectivas declaraciones de derechos: Constitución, Carta de Derechos Fundamentales de la UE y CEDH. En cada una de esas esferas existe una autoridad con el poder último de interpretación: Tribunal Constitucional, TJUE, y TEDH. Las respectivas declaraciones de derechos se solapan en su ámbito de aplicación, sin que exista una relación jerárquica clara entre las mismas, o entre

73 Entre otros, Maduro, Miguel P., "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea"*, Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, pp. 11, 27, 31; Stone Sweet, Alec, "Constitutional Dialogues in the European Community", en Slaughter, Anne-Marie *et al*., *The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, 1998; Slaughter, Anne-Marie, "A Typology of Transjudicial Communication", *University of Richmond Law Review*, núm. 29, 1994; Cartabia, Marta, "Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously", *European Constitutional Law Review,* núm. 5, 2009; Burgorgue-Larsen, Laurence, "La formación de un Derecho Constitucional europeo a través del diálogo judicial", en Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio, y Jáuregui Bereciartu, Gurutz, *Derecho Constitucional europeo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; García Roca, Javier, "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo", *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 30, 2012; Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa,* México, Porrúa y UNAM, 2012; Ferrer Mac-Gregor y Herrera García, Alfonso (eds.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

74 Bustos Gisbert, Rafael, "XV Proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *Revista Española de Derechos Constitucional,* núm. 95, 2012; Torres Pérez, Aida, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, OUP, 2009, pp. 97-140.

75 González Pascual, Maribel, *op. cit*., nota 43 p. 283.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

los tribunales encargados de su interpretación. En este contexto, el diálogo puede proporcionar un modo de interacción para evitar o resolver los potenciales conflictos interpretativos. Además, una interpretación uniforme no es siempre la única solución posible y deseable, sino que pueden existir espacios para la diversidad. Por el contrario, la distribución competencial se contiene en el texto de los Tratados de la UE, cuyo intérprete último es el Tribunal de Justicia de la UE, y requiere una interpretación unívoca.

El diálogo puede definirse como el intercambio de argumentos con la finalidad de alcanzar un acuerdo interpretativo. Para que el diálogo no quede reducido a un monólogo, requiere reciprocidad.[76] En el contexto de los derechos fundamentales, el diálogo entre jueces puede promover resultados interpretativos mejor razonados y adaptados al contexto en el que se aplicarán; promueve la participación de actores diversos en la actividad interpretativa, de modo que la construcción del significado de los derechos a través del diálogo puede contribuir a percibir el resultado como el producto de una actividad colectiva. Finalmente, el diálogo ofrece un modelo para gestionar potenciales conflictos consistente con el marco pluralista, en el que no existe una autoridad última. El modelo dialogal reconoce la pluralidad de voces, impulsa la participación en el proceso interpretativo y es capaz de acomodar mejor las reclamaciones de diversos niveles de gobierno.[77]

El diálogo judicial no determina un resultado sustantivo de antemano, ni resuelve los conflictos interpretativos de una vez por todas, sino que se desarrolla de manera fragmentaria, en tanto que el intercambio de argumentos entre tribunales nacionales y supranacionales se realiza caso por caso. Así, el diálogo debe concebirse desde una perspectiva diacrónica. El resultado interpretativo no permanece fijo, sino que siempre existe la oportunidad de redefinir la interpretación previa a la luz de nuevos y mejores argumentos. La ausencia de una autoridad última, por un lado, y

76 Rosas, Allan, "The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue", *European Journal of Legal Studies,* vol. 1, núm. 2, 2007.

77 Torres Pérez, Aída, *op. cit.*, nota 74, pp. 109-117.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

el respeto y reconocimiento mutuo en un contexto de interdependencia, por el otro, proporcionan incentivos para el diálogo y la búsqueda de soluciones compartidas.[78] Al final, la propuesta del diálogo como forma de interacción entre tribunales u otros actores requiere considerar su potencial y sus límites.

V. Conclusiones

La progresiva europeización e internacionalización del ejercicio del poder público implica transformaciones tanto a nivel interno como internacional. Estas transformaciones exigen revisar construcciones doctrinales formuladas sobre la base del Estado-nación y el principio de soberanía nacional. El artículo del Profesor von Bogdandy abre nuevos caminos y contribuye a avanzar en la construcción doctrinal en tres ámbitos esenciales: el concepto de autoridad pública internacional; la identificación de los principios fundamentales como parámetro de legitimidad, y el pluralismo como marco para la interacción en términos de diálogo.

Los comentarios formulados pretenden problematizar algunos aspectos con la voluntad de contribuir al debate sobre el ejercicio del poder público en el escenario multinivel. Una teoría sobre la legitimidad del poder público y sus límites debe enfrentarse a la fragmentación del poder en esferas diversas y concebir el ejercicio de poder público por instituciones nacionales, supranacionales e internacionales como un continuo. Sin embargo, esto no implica que el mismo parámetro de legitimidad sea aplicable a todos los actos de autoridad. Dada la diversidad de instituciones internacionales y otras formas de actuación supra, inter y transnacional los problemas de legitimidad y las estrategias adecuadas para darles respuesta podrían variar. Finalmente, la adopción del pluralismo dialogal como modelo para la interacción entre ordenamientos requiere establecer claramente los mecanismos de cooperación y control mutuo entre las instituciones que ejercen poder público en las diversas esferas, lo que es todavía tarea pendiente.

78 *Ibidem*, pp. 111 y 112.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ESTATALIDAD ABIERTA: UN ANÁLISIS COMPARADO[1]

Peter M. Huber

I. Integración europea y estatalidad abierta

1. *La cuestión europea en el contexto del proceso constituyente*

La Constitución de un Estado es un "acto programático fundacional y generador de orden que busca proporcionar una base jurídica a la colectividad en una situación histórica concreta"[2] para su camino hacia el futuro. Es claro que la cuestión de la integración europea, entendida como una forma particular de cooperación entre los Estados europeos, con transferencia de derechos de soberanía a organizaciones internacionales y supranacionales creadas por los mismos, difícilmente podía jugar algún papel en el proceso constituyente del siglo XIX (Luxemburgo) y de la primera mitad del siglo XX (Austria [1920],[3] Irlanda [1937]), aun cuando la "apertura de la Constitución frente al derecho internacional público" en los Países Bajos, por ejemplo, ya formase parte

1 Este trabajo se basa sustancialmente en las contribuciones de los autores Karl-Peter Sommermann, de Alemania; Catherine Haguenau-Moizard, de Francia; Julia Iliopoulos-Strangas, de Grecia; Patrick Birkinshaw y Martina Künnecke, de Gran Bretaña; Carlo Panara, de Italia; Ramses A. Wessel y Wim E. van de Griendt, de Holanda; Christoph Grabenwarter, de Austria; Stanislaw Biernat, de Polonia; Joakim Nergelius, de Suecia; Helen Keller, de Suiza; Antonio López Castillo, de España, y Pál Sonnevend, de Hungría. Traducción de Mariela Morales-Antoniazzi de la versión original alemana, en von Bogdandy, Armin *et al*., *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Valencia (España), Tirant lo Blanch, 2013, pp. 69-141.

2 Badura, Peter, *Staatsrecht*, 2003, p. 7.

3 Respecto a esfuerzos realizados en Austria después de 1920, véase Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 1 ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de la cultura jurídica desde el siglo XVII[4] y antes de la Primera Guerra Mundial, aun cuando durante el periodo de entreguerras ya se formulasen algunas ideas en orden a la unión de los Estados europeos.[5]

Sólo el notorio fracaso del sistema de Estados nacionales soberanos y rivales entre sí en dos guerras mundiales, el fracaso de la Sociedad de Naciones en el periodo de entreguerras, la creación de las Naciones Unidas en 1945 y, en última instancia, las experiencias de penuria económica y marginación política en Europa, logran convencer sobre la necesidad de una integración europea del tipo que ésta fuere. Por esa razón, desde 1946 la apertura del ordenamiento jurídico nacional a la cooperación internacional y más tarde a la cooperación europea pasó a jugar un papel importante en el contexto de todos los procesos constituyentes. Tan obvio era esto en 1945 para el Constituyente de la IVa. República en Francia, que en el preámbulo —aún vigente— de esa Constitución dejó entrever la posibilidad de desistir de la soberanía nacional a condición de reciprocidad[6] sin que ello hubiese sido mencionado en los debates.[7] En la Constitución italiana de 1947 se constata en el artículo 11 una base competencial similar redactada en términos generales.[8] También en el caso de la Ley Fundamental alemana la decisión básica a favor de la "estatalidad abierta" estuvo clara desde un principio, es decir, desde la convención constituyente de Herrenchiemsee en agosto de 1948.[9] En este sentido, en su Preámbulo, el pueblo alemán declara explícitamente querer servir a la paz mundial como miembro en igualdad de derechos "en una Europa unida". Coherentemente la Ley Fundamental alemana da forma a dicho objetivo por medio del artículo 24, apartado 1.

4 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 1.

5 Sommermann, IPE, § 14, marg. 3.

6 Sin embargo, es apenas el artículo 88-1 de la Constitución francesa insertado en 1992 el que establece una relación específica con la integración europea.

7 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 12.

8 Panara, IPE, § 18, marg. 15.

9 Sommermann, IPE, § 14, margs. 1, 5 ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), de la Comunidad Económica Europea (CEE) y más adelante también de la Unión Europea (UE), a la vista de su evidente éxito, la condición de Estado miembro en las comunidades de integración europeas se convierte en una cuestión tan importante, en algunos casos hasta existencial, que las Constituciones europeas más recientes —sin hablar de la suiza—[10] no pueden obviarla. Eso vale específicamente para Grecia (1975),[11] Portugal y España (1978)[12] así como para los Estados de Europa central y del este, para los cuales la perspectiva de participación en el proceso de integración significó al mismo tiempo la esperanza de estabilización de la democracia y la prosperidad económica, una vez superadas las dictaduras imperantes.

2. *El Estado nacional abierto como principal punto de referencia del espacio jurídico europeo*

Después de los primeros intentos en el "Preámbulo" de la Constitución de la IVa. República y en el artículo 11 de la Constitución italiana,[13] así como la declaración más explícita del artículo 24, apartado 1 de la Ley Fundamental alemana,[14] este tipo de cláusulas se han ido estableciendo paulatinamente en casi todas las Constituciones europeas. Hoy día, todos los Estados de Europa conocen cláusulas constitucionales de apertura a favor de la cooperación internacional y/o de la integración europea,[15] conteniendo algunas Constituciones incluso cláusulas de apertu-

10 Keller,IPE, § 23, marg. 1.

11 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 1 ss.

12 López Castillo, IPE, § 24, marg. 6.

13 Panara, IPE, § 18, marg. 10.

14 Sommermann, IPE, § 14, marg. 6; acerca del efecto ejemplar para España, véase López Castillo, IPE, § 24, marg. 10.

15 Esto es válido inclusive para la Constitución de Hungría, que data de la época comunista: §§ 2/A, 7 apartado 1 de la Constitución de Hungría, Sonnevend, IPE, § 25, margs. 3 y 18.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ra diferenciadas.[16] La permeabilidad del Estado derivada de esta apertura fue caracterizada tempranamente por Klaus Vogel como *estatalidad abierta*.[17] Sin ella hoy en día el Estado nacional europeo sería tan difícil de concebir como el espacio jurídico europeo en general y la UE en particular.

En contraste, hasta cierto punto con lo anterior, los aspectos fundamentales y jurídico-políticos de esta "estatalidad abierta" sólo tuvieron una importancia marginal en los respectivos debates constitucionales, en el sentido de que los legisladores constituyentes nacionales, por lo general, se ocuparon poco y sólo superficialmente de las consecuencias concretas de una adhesión a la CEE, la CE y la UE, al igual que de la europeización de la estructura constitucional nacional asociada a ella.[18]

En este sentido, la excepción viene representada por Grecia, donde las consecuencias de la europeización fueron debatidas ampliamente en el proceso constituyente,[19] como también en el caso de Austria. Este último realizó previamente a su adhesión a la UE en 1995, una "reforma general de la Constitución Federal" —equiparable a un proceso constituyente— según el artículo 44, apartado 3 de la Constitución Federal, a través de la cual modificó sustancialmente su ordenamiento constitucional para la adhesión a la UE. Es decir, el principio democrático, federal y de Estado de derecho, el principio de separación de poderes y el principio liberal a fin de adaptarlos a las condiciones estructurales de la UE.[20]

16 Alemania: Sommermann, IPE, § 14, marg. 34 ss. Distingue entre artículo 23 apartado 1, 24 apartado 1, 24 apartado 1a y artículo 16 apartado 2 párrafo 2 de la Constitución alemana; Polonia: Biernat, IPE, § 21, margs. 8, 10 con miras al artículo 9 y 90 Constitución polaca; España: artículo 10 apartado 2 y artículo 93 CE; Hungría §§ 2/A, 6 apartado 4 Constitución húngara.

17 Vogel, K., *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964, p. 42.

18 Francia: Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 9; la nueva Constitución Federal Suiza de 1999 tampoco responde la cuestión del destino europeo de Suiza, Keller, IPE, § 23, marg. 55; Hungría: Sonnevend, IPE, § 25, marg. 4 y s.

19 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 5 y ss.

20 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 14.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

II. La condición de Estado miembro en la UE

1. *Los intereses nacionales en la integración europea*

Que la paz en Europa sólo podría quedar asegurada mediante un acuerdo entre los Estados europeos es algo que, como demuestra el discurso de Winston Churchill el 19 de septiembre de 1946 en Zurich, estaba claro desde el principio para las élites europeas después de la Segunda Guerra Mundial. En el origen de la integración se encuentra, por lo tanto, el reconocimiento de que el sistema de los Estados nacionales que compiten y rivalizan entre sí, y que desde las postrimerías de la Edad Media se habían enfrentado en innumerables guerras, no era el adecuado para garantizar la paz y el bienestar en Europa.[21] Sobre todo el antagonismo germano-francés había ensombrecido el continente desde el siglo XVII y, según ocurrió en la década de 1920, también después de 1945 la relación entre Alemania y Francia resultó ser un factor determinante para la integración europea.[22]

La dimensión económica fue identificada rápidamente como el más idóneo punto de coincidencia en este proceso.[23] La propuesta elaborada por Jean Monnet de subordinar las industrias, entonces clave, del carbón y del acero a una administración conjunta a través de una "Alta Autoridad", presentada por el ministro francés de relaciones exteriores Robert Schuman en una declaración gubernamental en 1950 (el llamado Plan Schuman), se convirtió en punto de partida y cristalización del proceso de integración.[24] Aceptada con beneplácito por Adenauer (Alemania) y Gasperi (Italia)[25] así como por los representantes de los Estados del Benelux, condujo en 1951 a la adopción del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA).

21 Sommermann, IPE, § 14, marg. 5 y ss.

22 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 10.

23 Sommermann, IPE, § 14, marg. 3.

24 Huber, P. M., *Recht der Europäischen Integration*, 2002, § 3, marg. 8.

25 Panara, IPE, § 18, marg. 16.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Ahora bien, los motivos que impulsaron a los distintos Estados a participar en la integración europea no se limitaron a la preocupación común de los Estados miembros por preservar la paz. En cada uno de los Estados nacionales europeos cabe identificar un "haz de motivos" integrada por motivaciones muy diversas en el que, además de las consideraciones político-técnicas, los aspectos económicos jugaron también un papel importante. Si la integración europea ofreció a Alemania y —en forma más atenuada— también a Italia la posibilidad de recuperar la soberanía nacional, así como la de ser reconocidos como socios en igualdad de derechos tras las catástrofes del nacionalsocialismo y del fascismo,[26] en Francia por su parte se albergaba la esperanza de poder compensar de esta manera, al menos en parte, la pérdida de su papel de potencia mundial. El ingreso de Gran Bretaña en la CEE en 1973 permitió su reposicionamiento después de la desintegración del Imperio, ciertamente movida por la pretensión de (co-)determinar los destinos de Europa,[27] y brindó a Irlanda la oportunidad de una emancipación económica y política de Gran Bretaña. Estados que, como Grecia, España, Portugal, Polonia o Hungría, habían dejado atrás dictaduras de diversos tipos verían más tarde en la adhesión a la UE, la promesa de estabilidad política.[28] Para los Estados miembros más pequeños la integración en general y el *método comunitario* en particular supuso —y sigue siendo— un instrumento de política de seguridad,[29] así como la salvaguarda contra el abuso de poder de los Estados europeos más grandes.[30] Además, les posibilita la participación política en asuntos que van más allá de sus posibilidades de influencia individual

26 *Idem*.

27 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 20.

28 Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, margs. 2, 19; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 33.

29 Respecto de la renuncia de hecho a la condición de país neutral por parte de Austria, véase Grabenwarter, IPE, § 20, margs. 24, pp. 37 y ss.

30 Para los Países Bajos: Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 9 s.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

en cada caso.[31] A ello se suman algunos intereses singulares: para Grecia, Europa significaba la esperanza de solucionar la cuestión de Chipre y de su tensa relación con Turquía;[32] para Austria, la expectativa de avances o garantías en cuanto a la protección del medio ambiente y el tránsito trasalpino.[33] En última instancia, fue la perspectiva de prosperidad económica la que llevó a los Estados de Europa a instar su ingreso en la UE; así lo demuestran los ejemplos de Grecia, Irlanda, Portugal, España;[34] como también es el caso de Suecia, donde el modelo social heredado había dejado de funcionar satisfactoriamente[35] después de 1989. Allí donde aún no se ha llegado a la adhesión —como en el caso de Suiza—, ha producido una estrecha alineación con la UE; con toda justificación su situación hoy en día se describe como "integración parcial política, económica e institucional… a la UE", que tiene visos de ser "irreversible".[36]

2. *El debate sobre la participación en la UE*

Aun cuando la cuestión europea y la necesidad de apertura del ordenamiento jurídico nacional para la participación en el proceso europeo de integración están arraigados en la conciencia general y son apoyados por la mayoría de la población en casi todos los Estados, el ingreso en la CEE y UE, así como el desarrollo que ésta ha experimentado desde entonces ha estado precedido, en algunos casos, por intensos debates políticos y jurídico-constitucionales. En Francia, por ejemplo, tres de los cinco referéndums

31 Huber (N. p. 23), § 2, marg. 1; Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 22; Biernat, IPE, § 21, marg. 40; Nergelius, IPE, § 22, marg. 6 s.

32 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 21.

33 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 25 s.; respecto a la situación de intereses comparable en Suiza: Keller, IPE, § 23, marg. 34.

34 López Castillo, IPE, § 24, marg. 35.

35 Nergelius, IPE, § 22, marg. 4.

36 Keller, IPE, § 23, marg. 10 y ss. Con detalles sobre las dificultades de este proceso de acercamiento, marg. 49.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

que se han realizado desde la dimisión de De Gaulle tuvieron por objeto el futuro de la integración europea.[37] Igualmente en Dinamarca, Gran Bretaña, Irlanda, los Países Bajos, Austria, Polonia,[38] Suecia[39] y España, la participación en el proceso de integración ha sido objeto de plebiscitos en una o varias ocasiones. No debe sorprender que en esta contienda también jugaran un papel aspectos de política interior y de política partidista ajenos a la cuestión; en este sentido la democracia directa no se diferencia de la representativa.[40]

Sin embargo, no deja de ser irónico el hecho de que la *aceptación del proceso de integración*, por más que esté acompañado por el éxito, tienda a disminuir, pudiendo constatarse en la mayoría de los Estados miembros una división más o menos profunda de la sociedad. Mientras que la "clase política", los medios de comunicación y las élites urbanas con formación académica están mayoritariamente a favor de la integración,[41] en el ámbito rural y en aquellos estratos de la población que perciben el mercado interno (artículo 14, apartado 2 UE) y la globalización más como una amenaza para su posición económica (*Besitzstand*)[42] que como una oportunidad para su progreso personal, la integración se enfrenta a un rechazo cada vez mayor, tal como lo muestran los ejemplos de los Países Bajos[43] y de Suecia.[44] De ahí que en el corto plazo, las formas plebiscitarias de adopción de decisiones

37 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 18.

38 Respecto de las discusiones que precedieron a la adhesión el 1.4. 2004: Biernat, IPE, § 21, marg. 24 ss.

39 Nergelius, IPE, § 22, marg. 6.

40 La crítica a los referendums en Francia expresada por Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 19, afecta de la misma manera a decisiones parlamentarias.

41 Acerca del predominio de las fuerzas políticas en el proceso de ratificación del TCE en Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 15; en Italia: Panara, IPE, § 18, marg. 16.

42 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 20 –acerca de la figura del "fontanero polaco" que contribuyó a decidir el referéndum de 2005–.

43 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 56 y ss.

44 Nergelius, § 22 m. 6.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tienden a ser precarias, por más que puedan promover la aceptación, incorporando así un efecto estabilizador y legitimador. Si se intenta categorizar los distintos debates en los Estados miembros acerca de la integración europea, se pueden distinguir divergencias de opinión tanto sobre la participación misma del Estado en el proceso de integración europea (A) como respecto de la magnitud y extensión del progreso de la integración (B).

A. *La condición de Estado miembro en la CE y UE como objeto de debate político y constitucional*

Por más que, desde finales de la década de 1980, se esté discutiendo acerca de la forma, extensión y velocidad de la integración europea, parece que —una vez que esta ha sido consumada *(aa)*— la condición de Estado miembro en la UE queda por encima de los debates jurídico-constitucionales. Con excepción de Gran Bretaña, hasta ahora no ha surgido en ningún otro Estado miembro la cuestión de una *retirada*, según permite el derecho de la Unión vigente[45] y, a su vez, el artículo 49 A del Tratado de Lisboa intenta plasmar jurídicamente para el futuro —al igual que lo preveía el artículo I-60 del TCE (*bb*)—.

aa) Debe hacerse notar cómo en una serie de Estados miembros el camino hacia la CEE y UE estuvo minado de obstáculos

45 Huber (N. p. 23), § 4, marg. 58; § 5, margs. 18 y ss.; para Alemania: Decisiones del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) 89, 155, 190, 204; Di Fabio, U., *Das Recht offener Staaten*, 1998, p. 124; Doehring, K., *Einseitiger Austritt aus der Europäischen Gemeinschaft*, homenaje a Hartmut Schiedermair, 2001, pp. 695 y ss.; Huber, P. M., *Maastricht – ein Staatsstreich?*, 1993, pp. 40 y ss.; para Gran Bretaña: Bogdanor, V., "Britain and the European Community", en Jowell y Oliver (Hg.), *The Changing Constitution*, 1994, pp. 19 y ss.; Cullen, P., *Die flexiblen Briten: Rechtsstellung eines Außenseiters in der EU*, publ. del Centro de Derecho Económico Europeo de Bonn, núm. 99, 1998, pp. 9 y ss.; MacCormick, N., "Das Maastricht-Urteil – Souveränität heute", *JZ*, 1995, p. 797; para Austria: Öhlinger, T., "Die Verfassung im Schmelztiegel der europäischen Integration: Österreichs neue Doppelverfassung", en mismo autor (ed.), *Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union*, 1999, pp. 165 y 177.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

considerables. Estos obstáculos fueron de naturaleza *jurídico-constitucional* sobre todo allí donde el derecho constitucional nacional —como sucede en Irlanda, Dinamarca o Polonia— prevé consultas populares para decidir la adhesión o, lo que es lo mismo, la cesión de derechos soberanos. En la llamada expansión hacia el oeste de la UE en 1973, las adhesiones de Irlanda y de Noruega requirieron de sendos plebiscitos; mientras que en Irlanda la aprobación no estuvo seriamente en peligro, el referéndum noruego fracasó. La llamada expansión hacia el sur para incluir a Grecia (1981),[46] España y Portugal (1986) no generó problemas dignos de mención, mientras que la llamada expansión hacia el norte (1995) para incluir a Suecia, Austria y Finlandia requirió de *plebiscitos* en los tres Estados[47] y en todos ellos hubo problemas específicos.[48] Particularmente en Suecia la aprobación pendió de un hilo. La llamada expansión hacia el este llevada a cabo el 1o. de mayo de 2004, cuando Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, la República Checa, Eslovaquia, Hungría,[49] Eslovenia, Malta y Chipre se incorporaron a la UE, también resultó ser en algunos casos un episodio de pronóstico incierto hasta el final. En cambio, la última ampliación de la UE, con la adhesión de Bulgaria y Rumania el 1o. de enero de 2007, transcurrió sin dificultad alguna.

El ingreso en la CEE y UE ha fracasado hasta ahora en dos Estados: en Noruega, la mayoría de la población decidió en 1973 y en 1994 se pronunció en contra de las actas de adhesión ya negociadas y en el caso de Suiza la solicitud de adhesión del Consejo Federal, pendiente desde 1992, ha sido congelada por tiempo in-

46 Acerca de la exigencia del Partido Comunista Griego KKE para que se realice un referéndum: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 11.

47 Austria: Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 21 y s.; Suecia: Nergelius, IPE, § 22, marg. 6 y s.

48 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 24 ss., quien hace referencia para Austria al tránsito transalpino, a la protección del consumidor, la energía nuclear, la agricultura y la obligación de neutralidad; Nergelius, IPE, § 22, marg. 6 y ss., con referencia a las situaciones de política interior y política partidista.

49 Acerca de la historia previa, véase Sonnevend, IPE, § 25, margs. 15 y ss., esp. 28.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

determinado.[50] Las razones en este último caso son diversas: por un lado, el temor a ver afectada la ya establecida y eficiente democracia plebiscitaria suiza y el miedo a la pérdida definitiva de posibilidades de control nacional en el área de la libre circulación de las personas, de la protección del medio ambiente, del tránsito transalpino y del secreto bancario;[51] por el otro, la circunstancia de que Suiza, con su estrategia de *bilateralismo*, ha logrado una integración económica considerable con la UE aun sin ser miembro de pleno derecho.[52]

La cuestión de la retirada de un Estado miembro ha sido planteada una sola vez hasta ahora. En 1975, poco después de su adhesión, hubo en Gran Bretaña un referéndum sobre la retirada de la CEE tras la caída del gobierno conservador de Heath, de tendencia pro europea, en el que la opción por la retirada fracasó rotundamente.[53]

B. *Alcance y dimensión del proceso de integración como objeto de debate jurídico-constitucional*

Si se toma en consideración el punto de partida del proceso de la integración europea, es decir, la catástrofe de 1945 y el profundo arraigo de los Estados nacionales en la conciencia de los pueblos, en tanto que "comunidades de destino" puestas a prueba en triunfos y derrotas y forjados a lo largo de siglos por el idioma, la cultura, la religión y la geografía, no ha de sorprender que los intentos por superar este patrón de convivencia, percibido en muchos casos como "natural", también haya encontrado y siga encontrando resistencia. Mientras que al inicio se articularon estas resistencias hasta principios de la década de 1960 dentro de

50 Keller, IPE, § 23, marg. 44.

51 *Ibidem*, marg. 30 y ss.

52 *Ibidem*, margs. 19, 44, 46 y ss.

53 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 12.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la estructura institucional de la CEE,[54] en especial por parte del euroescéptico general de Gaulle mediante su política de la silla vacía, más adelante las discusiones acerca del alcance y la dimensión de la integración ulterior se trasladaron al interior de los Estados miembros donde —en vista del constitucionalismo de los Estados nacionales europeos (artículos 6 y siguientes, TUE)— no debe sorprender que adquirieran frecuentemente el carácter de debates jurídico-constitucionales. Con la acelerada integración desde finales de la década de 1980, estos debates han logrado mayor alcance.

a. La fase inicial

Bajo la impresión del éxito de la CECA, a principios de la década de 1950 se desarrollaron planes para una Comunidad Política Europea (CPE) y una Comunidad Europea de Defensa (CED). Mientras la primera ni siquiera llegó a superar la fase de negociaciones, el Tratado de la CDE, con el que habría de crearse un ejército europeo, fracasó en 1954 en la Asamblea Nacional francesa.[55] Es evidente que en Francia no existía el apoyo necesario para ninguno de los dos proyectos, tan profundamente incisivos en la soberanía nacional. Ello allanó más tarde el camino al ingreso de Gran Bretaña a la CEE (1972), aunque sólo después de varios intentos.[56]

b. Los obstáculos al Tratado de Maastricht

Sólo años más tarde se producen debates jurídico-constitucionales sobre la participación en el proceso de integración y ello con ocasión de la creación de la UE por medio del Tratado de Maastricht de 1992/93. Mientras que el Acta Única Europea (AUE) de 1986/87, que a fin de cuentas establecía el programa para la con-

54 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 11.

55 *Idem*.

56 *Ibidem*, marg. 19.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

secución del mercado interior, fue generalmente percibida como una especie de "liberación" de la denominada euroesclerosis y como un paso adelante necesario y poco dramático, la ratificación del TUE (negociado el 9 y 10 de diciembre en la ciudad holandesa de Maastricht y firmado allí el 7 de febrero de 1992) estuvo plagada de incertidumbres. Dado que el antiguo artículo 236 del Tratado de la Comunidad Europea (hoy artículo 48 TUE) requería la ratificación por todos los Estados miembros de conformidad con sus disposiciones constitucionales, se produjeron variadas discusiones en varios de los entonces doce Estados miembros que en algunos casos llegaron a ser muy vehementes. En Dinamarca, Francia e Irlanda fueron convocados sendos referéndums, que dieron lugar por primera vez a una amplia discusión pública sobre el alcance y la dimensión de la integración, de hecho más allá de las respectivas fronteras nacionales. El primer referéndum en Dinamarca tuvo un resultado negativo, aunque por escaso margen. El francés un resultado positivo, aunque también por un margen no menos estrecho. Únicamente los irlandeses aprobaron el Tratado de Maastricht con una holgada mayoría. Con el propósito de no hacer depender del voto danés el progreso de la integración europea, en el verano de 1992 tuvo lugar en Dinamarca un segundo referéndum sobre el Tratado de la UE, después de que se hubiesen efectuado algunas concesiones a dicho país,[57] en particular respecto de la Unión Económica y Monetaria (UEM). Éste tuvo un resultado positivo —nuevamente por un escaso margen—. En Gran Bretaña la ratificación generó dificultades, en virtud de la división del gobierno conservador de entonces acerca de la cuestión europea, y carecía de una mayoría segura en la cámara baja para la ratificación del Tratado.

Estos debates políticos estuvieron acompañados en cada caso de controversias jurídico-constitucionales específicas. Antes de la ratificación del Tratado de la UE en Maastricht, el Conseil Constitutionnel francés debió pronunciarse en tres ocasiones: en la

57 Véase al respecto el Protocolo núm. 26 del Tratado de Maastricht relativo a algunas disposiciones concernientes a Dinamarca (1992).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

decisión Maastricht I declaró respecto de la relación entre el derecho nacional y el derecho de la Unión que el derecho primario no podía contradecir estipulaciones expresas de la Constitución francesa (CF),[58] a partir del principio democrático recogido en el artículo 3o. de la CF, a propósito del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales previsto para los ciudadanos de la Unión, con nacionalidad de otros Estados miembros. Particularmente se daba la circunstancia de que los miembros del Senado francés eran y son elegidos por un cuerpo colegiado formado por concejales.[59]

Al mismo tiempo, el Conseil Constitutionnel teniendo en cuenta que el paso hacia decisiones adoptadas por mayoría a nivel de la Unión afectaba las *conditions essentielles d'exercise de la souveraineté nationale* consideró necesaria una reforma constitucional previa a la ratificación del Tratado de la UE.[60] En la decisión Maastricht II, el Conseil Constitutionnel previno sobre la garantía de perpetuidad del artículo 89, apartado 5 de la CF y las limitaciones de una reforma constitucional eventualmente asociadas a ella.[61] El Tribunal Constitucional español en su Declaración sobre Maastricht también hubo de abordar la concepción de la democracia en la Constitución española a la vista del derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos de la Unión en las elecciones municipales. Aunque —al igual que los otros tribunales constitucionales del continente— éste parte de un concepto de democracia basada en el Estado nacional, a diferencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y del Conseil Constitutionnel, el Tribunal Constitucional español —sobre la base de una concepción liberal de la autonomía local— no equipara las administraciones locales con el "Estado",[62] de modo que no consideró aplicables los estrictos

58 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 30.

59 *Ibidem*, marg. 32.

60 CC núm. 92-308 DC del 9.4.1992, EuGRZ 1993, p. 187, 189 – Maastricht I.

61 *Ibidem*, pp. 193 y 194 – Maastricht II.

62 DTC 108/1992 del 1.7.1992, EuGRZ 1993, p. 285 – *Maastricht*; López Castillo, IPE, § 24, marg. 68.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

requisitos de legitimación contemplados en el artículo 1, apartado 2 CE.

En Alemania, donde el Bundestag (cámara baja) y el Bundesrat (cámara alta del Parlamento) aprobaron el Tratado en forma prácticamente unánime a pesar de la postura más bien vacilante de la población, un ex funcionario de la Comisión, M. Brunner, junto con algunos diputados del partido Los Verdes acudieron al Tribunal Constitucional Federal, con el argumento de que la renuncia a la *soberanía monetaria* y el sometimiento a las decisiones adoptadas por mayoría calificada en el Consejo suponían una violación inadmisible de la soberanía y del *principio democrático,* albergando además dudas sobre la credibilidad de la *tutela jurídica de los derechos fundamentales* ofrecida por la UE. El proceso culminó con la Sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional Federal del 12 de octubre de 1993,[63] que aunque despejó el camino para la entrada en vigor del Tratado de la UE, hizo rodear el compromiso europeo de Alemania de un gran número de cautelas. Por ese motivo la sentencia fue objeto de fuertes críticas tanto en Alemania como en el extranjero, pero abrió una perspectiva nueva, diferenciada de la visión de la integración europea. Con eso, no sólo creó una escuela en otros altos tribunales,[64] sino que ofreció incluso una impronta diferente al proceso de integración.

Por más que la decisión fundamental sobre la unión monetaria ya hubiera sido tomada con el Tratado de Maastricht, su aplicación en algunos casos dio lugar a algunas escaramuzas jurídico-constitucionales en la retaguardia. Tal fue el caso de Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal tuvo que pronunciarse de nuevo el 31 de marzo de 1998 sobre el ingreso en la tercera fase de la UEM.[65] Aunque esta sentencia supuso el intento de se-

63 BVerfGE 89, 155 ss. – *Maastricht*.

64 La interpretación restrictiva de la cláusula contractual de redondeo del artículo 308 CE aplicada allí fue asumida incluso por el TJCE, dictamen 2/94, repertorio 1996, I-1759, 30 – *EMRK-Gutachten*; *Huber*, Maastricht – ein Staatsstreich? (nota al pie 44), p. 31.

65 BVerfGE 97, pp. 350 y ss. – *EURO*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

guir la linea trazada en la de Maastricht, ello sólo ocurrió en parte debido a que en la realidad política y económica no terminaba de coincidir con las condiciones jurídico-constitucionales esbozadas cinco años antes y porque, en última instancia, el Tribunal tampoco pudo, ni quiso, detener el ingreso de Alemania en la tercera fase de la UEM.[66] En cambio, en Suecia la mayoría de la población se decidió en un referéndum en 2003 contra el ingreso en la tercera fase de la UEM, a pesar de que —a diferencia de Dinamarca, donde la población también se decidió en contra de la renuncia a la soberanía monetaria—[67] el derecho de la Unión no otorgaba la oportunidad para una nueva decisión nacional.[68]

La Sentencia de Maastricht del Tribunal Constitucional Federal alemán ha encontrado seguidores en muchos países: en Suecia, la Comisión gubernamental encargada de garantizar la constitucionalidad del ingreso a la UE se inspiró ostensiblemente en ella al redactar la cláusula europea en el capítulo 10 § 5 de la *Regeringsform*.[69] Es igualmente notable la semejanza con el modelo alemán de la Sentencia Maastricht del Højesteret danés dictada en 1998, cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht.[70] En Gran Bretaña puede apreciarse una proyección similar,[71] particularmente en los planteamientos de sir John Laws en *Thoburn vs. Sunderland City Council*.[72]

66 Acerca de las críticas a esa decisión, véase Brenner M. y Huber, P. M., "Europarecht und Europäisierung in den Jahren 1998/1999", *DVBl*, 1999, pp. 1559 y 1565; Huber (N. p. 23), § 17, marg. 137.

67 Véase *http://europa.eu/scadplus/leg/de/lvb/l25061.htm* (consultada el 19 de diciembre de 2006).

68 Huber (N. p. 23), § 17, marg. 126; Nergelius, IPE, § 22, marg. 51 s.

69 Nergelius, IPE, § 22, marg. 17 s.

70 Højesteret, sentencia del 6.4.1998 – I 361/1997, ZaöRV 58 (1998), p. 901.

71 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, notas marginales 36, 40.

72 *Thoburn vs. Sunderland City Council*, [2002] 1 CMLR 50, 101.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

c. Ámsterdam y Niza

En Alemania, en cambio, el Tratado de Amsterdam de 1997, con el que se comunitarizaron las políticas de asilo e inmigración y que previó el paso hacia la adopción de decisiones por mayoría calificada en los artículos 67 y siguientes, apenas llamó la atención;[73] mientras que en Francia se hizo intervenir al Conseil Constitutionnel, que en el paso hacia las decisiones adoptadas por mayoría nuevamente vio una vulneración de las "*conditions essentielles d'exercise de la souveraineté nationale*".[74] El Tratado de Niza firmado en diciembre de 2000 fracasó inicialmente sin razón aparente, en el correspondiente referéndum en Irlanda; sin embargo, tras una segunda consulta popular pudo entrar en vigor el 1o. de febrero de 2003.

d. La lucha por el "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa"

El 29 de octubre de 2004 los jefes de Estado y de gobierno europeos finalmente suscribieron en Roma el "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa" (TCE). Este Tratado, para poder entrar en vigor, también tenía que ser ratificado por todos los Estados miembros con arreglo al artículo 48 UE. Si bien la mayoría de los Estados miembros lo ratificaron,[75] los franceses lo rechazaron en referéndum el 29 de mayo de 2005 y los holandeses hicieron lo mismo el 1o. de junio de 2005. En ambos casos por una sólida mayoría.

73 Al respecto, véase Huber P. M. y Fröhlich, D., *Die Bindung der Bundesregierung an das Grundgesetz bei der Harmonisierung des Asylrechts in der EU*, homenaje a Hans Herbert v. Arnim, 2004, p. 577.

74 CC núm. 97-394 DC del 31.12.1997, EuGRZ 1998, p. 27 – *Ámsterdam*; Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 33.

75 Acerca del plebiscito en España, véase López Castillo, IPE, § 24, marg. 70.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En todos los Estados miembros se produjo una plétora de debates y discusiones jurídico-constitucionales sobre el TCE.[76] A pesar de haber sido preparado más intensamente que todos los pasos de integración anteriores a través de dos convenciones —sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sobre las cuestiones institucionales—, y aun cuando su nacimiento estuvo precedido por un debate nacional y transnacional relativamente amplio con participación de todos los sectores políticos, científicos y económicos, el Tratado Constitucional planteaba cuestiones fundamentales que hasta ahora no han sido respondidas satisfactoriamente. La composición de las convenciones, en las que los representantes de los órganos de la UE, aunque formalmente en minoría, superaban a casi todos los demás miembros, gracias a sus interconexiones, la amplia libertad de las presidencias respectivas, la renuncia a votaciones formales, así como la dinámica de grupos que se produjo en torno a la toma de decisiones, dieron lugar a una posición de ventaja de las fuerzas integracionistas o de tendencia centralista, así como a una marginación de los miembros más escépticos, con el consiguiente reflejo en el TCE. A pesar de que la Conferencia Intergubernamental posterior solventó o mitigó alguno que otro punto de discusión, el TCE en general recorrió un camino ciertamente problemático entre la estructura heredada de la UE, en la cual los Estados miembros son, sin duda, "señores de los tratados", y el establecimiento de estructuras federales.

Al incorporar la fórmula de la "unión de ciudadanos y Estados", [77] tan popular en el argot político europeo, el artículo I-1, apartado 1 del TCE, implícitamente también formulaba la pretensión de que la UE puede apoyarse en forma inmediata en una legitimación democrática por los ciudadanos de la Unión, pasando por alto a los Estados miembros. Sin embargo, con ello la tesis de

76 Francia: Haguenau-Moizard, IPE, § 15, margs. 56, 58; Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 12 s.

77 Crít. Huber, P. M., "Das institutionelle Gleichgewicht zwischen Rat und Europäischem Parlament in der künftigen Verfassung für Europa", *EuR*, 38 (2003), pp. 574 y ss.; López Castillo, IPE, § 24, marg. 34.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

los Estados miembros como "señores de los tratados" quedaría sin fundamento y éstos perderían la soberanía constitucional que hasta ahora les había pertenecido indiscutiblemente dentro de la UE. Resultaba obvio que la transformación, posiblemente asociada a ello, de los Estados miembros —hasta ahora soberanos— en Estados federados, ya no del todo soberanos, no era fácilmente compatible con sus Constituciones, comprometidas casi en su totalidad con un *principio de Estado nacional* y por lo tanto causaría evidentes dificultades.

A ello venía a sumarse la proclamación del derecho de la Unión previsto en el artículo I-6 TCE.[78] En vista de que prácticamente todos los Estados miembros parten de la premisa de que la primacía del derecho de la Unión tiene su fundamento en el mandato nacional de aplicación de la ley y que éste por lo general está vinculado al derecho constitucional, de rango superior, el establecimiento expreso de la interpretación distinta del TJCE situaba a los ordenamientos constitucionales nacionales —a excepción de los Países Bajos[79]— ante serios problemas. Un intento de solucionarlos fue la Declaración núm. 1,[80] acordada por la conferencia intergubernamental, según la cual con esta disposición sólo se codifica la jurisprudencia del TJCE.[81] Sin embargo, en sus respectivas decisiones acerca del TCE, el Conseil Constitutionnel[82] y el Tribunal Constitucional Español[83] negaron observar en el artículo I-6 TCE una vulneración de la supremacía de la Constitución francesa y española respectivamente. En este sentido los mencionados tribunales citaron el artículo I-5 TCE, según el cual las "estructuras fundamentales políticas y constitucionales" de los

78 Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16 margs. 12 y s., 40; Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 62.

79 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 16.

80 *Gaceta Oficial* alemana 2004 C 310, p. 420.

81 Escéptico Nergelius, IPE, § 22, marg. 35.

82 CC núm. 2004-505 DC del 19 de noviembre de 2004, EuGRZ 2005, p. 45 – *TCE*; Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 28.

83 DTC 1/2004.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Estados miembros no resultan afectadas. En una dirección similar apuntó también el gobierno federal austriaco en la exposición de motivos que antecedía al proyecto gubernamental de la ley de ratificación.[84]

Finalmente, las estipulaciones del procedimiento de revisión simplificado según el artículo IV-444 (la llamada *cláusula pasarela*) también causaron problemas. De conformidad con las mismas, sería posible pasar al procedimiento legislativo ordinario en todos aquellos ámbitos en los que rigen las denominadas cláusulas evolutivas, en virtud de las cuales los parlamentos nacionales deben ratificar un acto jurídico, por medio de una decisión del Consejo Europeo. En el futuro los parlamentos ya sólo dispondrían de un derecho de oposición que habría de ser ejercido en un plazo de seis meses. Con ello perdían parte del dominio procedimental sobre la actualización del derecho originario. La compatibilidad de dicho procedimiento con el rol constitucionalmente exigido en prácticamente todos los Estados miembros de "señores de los tratados", es cuestionado en toda Europa.

3. *Fundamentos dogmáticos de la condición de Estado miembro en la UE*

A. *Fundamentos*

Los ordenamientos constitucionales de todos los Estados miembros de la UE no sólo están obligados en mayor o menor medida a incorporar una "estatalidad abierta", sino que incluso deben configurarse progresivamente como Estados miembros de la UE, en lo que aparece cada vez más como un mandato constitucional. El caso más expresivo a este respecto es el de Austria, que con la promulgación de la Ley Constitucional Federal de Adhesión a la UE de 1995 (*EU-BeitrittsB-VG 1995*) "europeizó" todo su ordenamiento constitucional con ocasión de su ingreso en la UE.

84 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 58.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Alemania por su parte, por medio del nuevo artículo 23, apartado 1, LF, ha constitucionalizado su condición de Estado miembro de la UE,[85] al igual que Francia con la inserción del artículo 88-1 CF en esa misma época. Después de haber sido tratado durante 30 años como derecho internacional de origen convencional, la Constitución francesa ha terminado concediendo al derecho de la Unión un lugar especial como parte del ordenamiento jurídico francés.[86] Sin embargo, no queda claro qué consecuencias jurídicas están asociadas a ello. Con posterioridad al referéndum negativo del 21 de mayo de 2005, hasta ahora no ha entrado en vigor una refundación del artículo 88-1 CF que habría de asegurar la cooperación en la UE en forma global, incluso bajo las condiciones del TCE.[87] Grecia aseguró con carácter general la constitucionalidad de su compromiso con la UE en términos similares en 2001, mediante la promulgación de una declaración interpretativa del artículo 28 de la Constitución griega.[88] Por su parte, Irlanda (artículo 29, apartado 3 Constitución Irlanda), Portugal (artículo 7, apartado 6 Constitución Portugal), Suecia (capítulo 10 § 5 "Forma de gobierno")[89] y Hungría (§ 2/A Constitución de Hungría)[90], también reconocen explícitamente su condición de Estado miembro en la UE. Lo mismo vale para Italia, que en 2001 elevó a obligación constitucional el cumplimiento del derecho de la Unión más allá de la antigua cláusula de apertura del artículo 11 de su Constitución (artículo 117, apartado 1).[91] Incluso en el caso de Gran Bretaña puede hablarse —con algunas reservas— de una apertura de la "estatalidad" al derecho de la Unión. Aun cuando su "Cons-

85 Sommermann, IPE, § 14, marg. 29 ss.

86 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, margs.7 ss., 13.

87 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 14.

88 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 18.

89 Nergelius, IPE, § 22, marg. 11.

90 Sonnevend, IPE, § 25, marg. 18.

91 Panara, IPE, § 18, margs.10, 40, 43. Ante este escenario se discute si la salida de Italia de la UE sólo es admisible sobre la base de una reforma constitucional.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

titución", basada en el *common law*, "oficialmente" no se fundamente en una "estatalidad abierta", se le reconoce por un lado una "dimensión cada vez más global" en Gran Bretaña, a la luz de su ejemplaridad y proyección en la tradición imperial;[92] por el otro, se reconoce cada vez más una importancia jurídico-constitucional a la "cláusula de apertura" establecida en la sección 2, apartado 1 del European Communities Act 1972 (ECA 1972).[93] Polonia (artículo 90, apartado 2 Constitución Pol.),[94] España (artículo 93 CE)[95] la República Checa (artículo 10a Constitución Checa) aún luchan por una orientación específica hacia la UE, mientras que en los Países Bajos, tradicionalmente abiertos, el artículo 92 de su Constitución, aplicable en este caso, no hace distinción entre organizaciones de derecho internacional público y la UE.[96]

Ahora bien, este repaso al derecho constitucional europeo nacional también pone de manifiesto cómo desde la perspectiva de los Estados miembros, ya sea la cláusula constitucional de apertura, el *mandato nacional de aplicación del derecho* contenido en la Ley de aprobación de los tratados o bien el acto nacional de recepción, constituyen en cada caso el fundamento de la vigencia del derecho de la Unión Europea como Estado miembro.[97] Para Alemania ello resulta del artículo 23, apartado 1 de la Ley Fundamental, para Grecia, del artículo 28, apartados 2 y 3 de la

92 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 6 s.

93 *Ibdem*, margs. 8, 17, 39, citando a sir John Laws en el caso *Thoburn*, [2002] 1 CMLR 50, 101.

94 Biernat, IPE, § 21, marg. 11.

95 DTC 1/2004; López Castillo, IPE, § 24, margs. 9, 40 ss.

96 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 11.

97 Huber (N. p. 23), § 7, marg. 5.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Constitución griega.[98] También Dinamarca[99], Irlanda[100], Austria[101] y Suecia[102] comparten este planteamiento. Tal como ha confirmado el Comité Judicial de la Cámara de los Lores en un *obiter dictum* en la Sentencia Rees Mogg, en Gran Bretaña la vigencia del derecho de la Unión se fundamenta en la sección 2, apartado 1 ECA 1972.[103] Por su parte, para España algo similar resulta del artículo 93 CE,[104] para Bélgica del artículo 34 Constitución belga y para Austria de la Ley Constitucional Federal de Adhesión a la UE.[105] En Francia, la vigencia y el rango del derecho de la Unión se derivan de los artículos 88-1 y 55 CF,[106] en Italia de la Ley de autorización de la ratificación promulgada sobre la base del artículo 11 de la Costitución y en Hungría del § 2/A de su Constitución.[107] Sólo en los Países Bajos el Tribunal Supremo así como la doctrina dominante parten de la premisa de que en todo caso la vigencia del derecho secundario no se fundamenta en los artículos 93 y siguientes de la Constitución, sino en el TCE propiamente.[108]

98 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, margs. 23 y ss., 27, acerca del debate sobre si los apartados 2 y 3 deben aplicarse en forma acumulativa.

99 § 20 Constitución danesa; Ley núm. 447 del 11.10.1972; Thomas, F., "Das Maastricht-Urteil des dänischen Obersten Gerichtshofs vom 6. April 1998", *ZaöRV*, 58 (1998), pp. 879 y ss.; Zahle, H., National constitutional law and the European integration, 17o. Congreso F.I.D.E. 1996, pp. 60 y 66.

100 Supreme Court del 9.4.1987 [1987] ILRM 400, 402 f. – Crotty.

101 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 71.

102 Nergelius, IPE, § 22, marg. 11.

103 R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex p. Rees Mogg, [1994] 1 All ER 457, 467g; Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, margs. 23 y ss., 39.

104 López Castillo, IPE, § 24, marg. 41.

105 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 31.

106 CC núm. 92-308 DC del 9.4.1992, EuGRZ 1993, p. 187 –*Maastricht I*: "par l´effet de transfers de compétence consentis par les Etat membres"; núm. 97-394 DC del 31 de diciembre de 1997, EuGRZ 1998, p. 27 –*Ámsterdam*; Flauss, J. F., "Rapport français", en Schwarze (ed.), *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung 2000*, pp. 25, 47 y ss.; Haguenau-Moizard, IPE, §15, marg. 12 y ss.

107 Sonnevend, IPE, § 25, marg. 26.

108 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 16.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Desde luego en Holanda el carácter vinculante tiene su origen en la aprobación de los tratados conforme al artículo 92 de su Constitución. Sobre este aspecto vale destacar que es cuestión ampliamente debatida, al menos en el plano teórico, sobre si y en qué medida disposiciones del Tratado de la UE, del Tratado de la CE y del Tratado sobre una Constitución para Europa (TCE) violan la Constitución holandesa y por lo tanto deben fundamentarse en el artículo 91 Abs. 3 de la Constitución.[109]

Si la vigencia del derecho de la Unión en los Estados miembros se basa en un mandato nacional de aplicación del derecho o en un acto de recepción con vinculación constitucional, ello tiene como consecuencia que el derecho de la Unión tiene un *rango infraconstitucional*.[110] En Alemania esta premisa constituye la base teórica de la doctrina fijada en la Sentencia Solange y Maastricht del Tribunal Constitucional Federal,[111] mientras que los tribunales franceses, la Cour de Cassation, el Conseil d'Etat y el Conseil Constitutionnel, si bien atribuyen al derecho de la Unión —como a todo tratado debidamente ratificado o autorizado— una "fuerza jurídica superior a la de las leyes" sobre la base del artículo 55 CF, al igual que lo hacen los polacos (artículo 91, apartado 2 Constitución),[112] siguen manteniendo la supremacía de la Constitución.[113] Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia reciente del Conseil Constitutionel, sólo podría surgir un conflicto con el derecho de la Unión en el caso de que una disposición de la Constitución francesa impidiera expresamente la adopción de una directiva.[114] Sólo la Constitución de los Países Bajos otorga al derecho internacional público, y con ello al derecho de la Unión, un

109 *Ibidem*, marg. 26.

110 Para Hungría: Sonnevend, IPE, § 25, marg. 26.

111 Huber, P. M., Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), pp. 194, 217 y ss.

112 Biernat, IPE, § 21, marg. 3.

113 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, margs. 8, 26 ss.

114 CC núm. 2004-496 DC del 10.6.2004, Rec. Cons. Constitución, p. 101 - *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

rango superior al derecho constitucional nacional (artículos 93 y 94).[115]

B. *Normas procesales del derecho constitucional europeo*

En muchos Estados miembros la cesión concreta de derechos de soberanía se realiza mediante un procedimiento especial y en muchos casos requiere de mayorías cualificadas. Según el artículo 23, apartado 1, núm. 1 en concordancia con el artículo 79, apartado 2 de la Ley Fundamental, en Alemania este sería el caso cuando por la cesión la Constitución se viere modificada o complementada en su contenido, mientras que en Francia la colisión —ciertamente frecuente— de un tratado con la Constitución francesa requiere de una reforma constitucional previa. La Constitución holandesa también prevé (teóricamente) el requerimiento de una mayoría de dos tercios (artículo 91, apartado 3) para tratados explícitamente inconstitucionales, mientras que en Polonia toda cesión de derechos de soberanía requiere de la mayoría facultada para modificar la Constitución (artículo 90, apartado 2 de la Constitución).[116] Más allá de esto, Dinamarca, Polonia y sobre todo Suiza[117] consagran la posibilidad o incluso el requerimiento del referéndum popular para la cesión de derechos de soberanía. En Suiza este "*referéndum sobre tratados*"[118] es obligatorio.

C. *Recuperación del derecho constitucional europeo sobre el derecho de la Unión*

El derecho constitucional europeo nacional establece límites materiales a la cesión de derecho soberano tanto cuantitativa

115 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 6.

116 Acerca de los problemas del quórum según el artículo 90, apartado 2, de la Constitución polaca: Biernat, IPE, § 21, marg. 6.

117 Keller, IPE, § 23, marg. 52.

118 *Ibidem*, marg. 59.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

(§ 20 Constitución danesa, artículo 23, apartado 1, párrafo 2 Ley Fundamental alemana, artículo 88-1 CF, artículo 29, apartado 4, párrafo 3 Constitución irlandesa, artículo 9, apartado 2 Constitución austriaca en concordancia con la Ley Orgánica Federal sobre la Adhesión a la UE) como cualitativamente. De esta manera y a través de la regulación de exigencias jurídico-constitucionales específicas frente a la UE, los Estados miembros intentan dirigir el proceso de integración desde el derecho constitucional europeo nacional. Tal es en particular el caso de la *cláusula de garantía estructural* del artículo 23, apartado 1, párrafo 1 de la LF.[119] Lo mismo cabe decir del artículo 90, apartado 1 de la Constitución polaca,[120] del artículo 7, apartado 6 de la Constitución portuguesa así como, en el caso de Suecia, del capítulo 10 § 5, apartado 1 de la *Regimensform*.[121] Austria, en cambio, prescindió en su Constitución de una reserva similar con el interesante argumento de que en el espacio europeo, Austria —al igual que todos los demás Estados miembros— participa indirectamente de los efectos de los límites explícitos a la integración del artículo 23, apartado 1 de la Ley Fundamental alemana.[122]

4. *La relativa primacía del derecho de la Unión desde la perspectiva de los Estados miembros*

La *primacía del derecho de la Unión* sobre el derecho nacional ha sido aceptada en principio por todos los Estados miembros. En aquellos casos en los que —a diferencia de Francia (artículo 55 CF), Italia (artículo 117, apartado 1 de la Constitución), Holanda (artículo 93 s. *Grondwet*), o Polonia (artículo 91, apartados 2 y 3 de la Constitución) —[123] no queda expresamente establecida

119 Huber (N. p. 23), § 4, marg. 14.

120 Biernat, IPE, § 21, marg. 13.

121 Nergelius, IPE, § 22, marg. 11.

122 Schäffer, H., Österreichischer Landesbericht, en Schwarze (N. p. 105), p. 339, 361.

123 Biernat, IPE, § 21, marg. 20 ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

en la Constitución, siempre queda regulada por la ley, como en Gran Bretaña (sección 2 Abs. 1 ECA 1972), o bien implícita en la Ley de aprobación del Tratado de la UE, como en Alemania o Suecia.[124]

Por poco problemática que resulte en general la aceptación de la primacía del derecho de la Unión, las reservas más o menos directas que suelen hacerse oír, cuando el derecho de la Unión también asume primacía sobre el derecho constitucional nacional, son sumamente enconadas. La jurisprudencia del TJCE consolidada y desarrollada a partir de la decisión Costa/E.N.E.L. sobre la primacía del derecho de la Unión, incluso respecto del derecho constitucional nacional,[125] no ha encontrado seguidores en los Estados miembros. Eso es válido para los poderes constituyentes nacionales,[126] siendo la opinión mayoritaria en la respectiva doctrina constitucional nacional,[127] así como en la de los máximos tribunales. En tal sentido, en la actualidad, el Tribunal Constitucional Federal alemán con su *doctrina Solange y Maastricht,* así como la Corte Costituzionale con su *doctrina sobre el controlimiti*[128] vienen a coincidir con el Conseil Constitutionnel,[129] el Consejo de Estado griego, la House of Lords,[130] el Tribunal Constitucional polaco[131] y la gran mayoría de los tribunales constitucionales

124 Nergelius, IPE, § 22, marg., 28 s. respecto a la garantía comunitaria de la tutela judicial efectiva.

125 TJCE, Res. 6/64, Repertorio 1964, 1251 (1269) – *Costa/E.N.E.L.*; Res.11/70, Repertorio.1970,1125, 3 – *Internationale Handelsgesellschaft*; Res. 106/77, Repertorio 1978, 629, 17 ss. – *Simmenthal*.

126 Hungría: Sonnevend, IPE, § 25, marg. 22.

127 Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 38 y ss.; Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 22; Hungría: Sonnevend, IPE, § 25, marg. 44.

128 Panara, IPE, § 18, margs. 20 y ss., 34, haciendo referencia a las sentencias *Frontini, Granital* y *Fragd vs. Amministrazione delle Finanze Nr. 232*.

129 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 28.

130 Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 17.

131 Tribunal Constitucional polaco, K 18/04, EuR 41 (2006), p. 236; Biernat, IPE, § 21, marg. 45.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

y supremos de los Estados miembros.[132] Lo mismo vale respecto al Tribunal Constitucional austriaco. Si bien éste reconoce la primacía del derecho de la Unión sobre el derecho constitucional en virtud de la Ley Constitucional sobre la adhesión a la UE,[133] conviene advertir que ello sólo es válido para el acervo comunitario (*acquis communautaire*) aprobado mediante dicha Ley Constitucional de adhesión a la UE, pero no para las modificaciones del Tratado y el derecho derivado fundamentado en ellas.[134]

Para la cabal comprensión del tema de la primacía también hay que tomar en cuenta que, hasta ahora, ningún tribunal (constitucional) se ha atrevido a identificar una contradicción entre el derecho de la Unión y las exigencias (mínimas) de un ordenamiento constitucional nacional. El Tribunal Constitucional Federal alemán,[135] el Conseil Constitutionnel, la House of Lords,[136] la Corte Costituzionale italiana,[137] el Højesteret danés así como los tribunales de otros Estados miembros han evitado hasta ahora el conflicto con el TJCE cuando se trataba de decidir cuestiones concretas,[138] ya sea mediante una interpretación del derecho constitucional nacional ajustada al derecho de la Unión,[139] ya sea mediante una interpretación del derecho de la Unión conforme a la Constitución. A lo largo de su respectiva jurisprudencia —como lo muestran la *doctrina Solange*[140] en Alemania o el "*cammino*

132 Mayer, F. C., "Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit", en von Bogdandy (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2003, pp. 229, 248 y ss.; Sommermann, IPE, § 14, marg. 61.

133 Grabenwarter, IPE, § 20, margs. 50, 53.

134 *Ibidem*, margs. 55, 69.

135 Más recientemente BVerfGE 102, 147 –*Bananenmarkt*.

136 R v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame [1991] AC 603; [1991] 3 All ER 769.

137 Panara, IPE, § 18, marg. 35.

138 Con respecto a la consideración del TJCE, Huber (N. p. 23), pp. 194 y 232.

139 Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16 marg. 30; Gran Bretaña: sección 2, apartado 3 ECA 1972; Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 24.

140 BVerfGE 37, 271, 280 – *Solange I*; E 52, 187 y ss. –*Vielleicht*; E 73, 339 y ss. – *Solange II*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

communitario" de la Corte Costituzionale—[141] han pasado por un proceso de aprendizaje, cuyo resultado final es una reducción de las exigencias de carácter sustantivo dirigidas al derecho de la Unión. Con ello, por regla general, la aplicación del principio de primacía está asegurada y es poco probable un conflicto con el TJCE.[142] En algunos países no queda, en efecto, resquicio alguno de derecho constitucional —material inmune— frente al proceso de integración. Así, la solución británica ofrece un espacio de maniobra a la primacía del derecho de la Unión en forma pragmática al entender la totalidad del derecho de la Unión como emanado de decisiones parlamentarias británicas.[143] De esta manera queda excluido de entrada cualquier eventual conflicto. Pero este pragmatismo tiene su precio: ha impedido en Gran Bretaña una ordenación convincente entre el derecho nacional y el de la Unión, lo cual se manifiesta especialmente en la idea de que el derecho de la Unión ha sido "incorporado" al ordenamiento jurídico británico,[144] y también le quita al derecho constitucional británico la posibilidad de codirigir *jurídicamente* el proceso de integración. Es posible que, en vista de una mayor capacidad para imponerse políticamente en el proceso legislativo europeo,[145] Gran Bretaña hasta ahora haya dependido menos de esa posibilidad que otros Estados miembros; en una comunidad jurídica en la que necesariamente son los juristas quienes deciden sobre las soluciones de los conflictos, situación que a la larga supone un *handicap*.

141 Panara, IPE, § 18, marg. 20 ss.

142 Por una línea pragmática, Biernat, IPE, § 21, marg. 44.

143 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, margs. 29 s., 34.

144 *Ibidem*, marg. 27.

145 Huber, P. M., "Der Beitrag der Föderalismusreform zur Europatauglichkeit des Grundgesetzes", *ZG*, 21 (2006), p. 354.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

5. *Zonas de conflicto entre el orden constitucional nacional y la integración europea*

La apertura de la estatalidad se acompaña de una modificación material de los órdenes constitucionales nacionales, comúnmente expresada como "europeización" del derecho constitucional nacional.[146] Esta penetración, conformación y desplazamiento de las instituciones y valores del derecho nacional por los parámetros y criterios del derecho de la Unión constituye un fenómeno generalizado que entra necesariamente en conflicto con la pretensión de validez del derecho constitucional nacional. En este sentido Holanda es una vez más la excepción, pues el artículo 92 de la *Grondwet* contiene una apertura ilimitada e incondicional del ordenamiento jurídico holandés al derecho internacional y europeo.[147]

A primera vista los puntos de fricción entre el derecho constitucional nacional y la condición de Estado miembro en la UE no parecen idénticos de un Estado miembro a otro. Así, algunos Estados miembros tienen dificultades para compartir o limitar la soberanía a favor del interés de la UE, mientras que en otros es la erosión de la estatalidad lo que se sitúa en el centro de la discusión. En algunos órdenes constitucionales, en cambio, el énfasis se pone más en las decisiones básicas y de valores garantizados en ellos —la democracia,[148] la protección de derechos fundamentales, el federalismo[149] o determinado modelo social—, mientras que en otros son garantías puntuales como la reserva de la nacionalidad para el acceso a cargos públicos[150] o el papel del idioma oficial. Un análisis más detallado indica que, en esencia, se trata

146 Huber (N. p. 23), § 7, marg. 14 y ss., § 23.

147 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 25.

148 Con miras a una posible membresía de Suiza: Keller, IPE, § 23, marg. 27; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 47.

149 En este sentido, para Alemania Sommermann, IPE, § 14, marg. 18 ss.; con miras a una posible membresía de Suiza Keller, IPE, § 23, marg. 27.

150 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 30.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

principalmente de tres aspectos:[151] la soberanía nacional (a), la estructura institucional de los Estados miembros (b) y la garantía de tutela constitucional de derechos fundamentales en sentido amplio (c). Adicionalmente pueden aparecer puntos de fricción, específicos de cada país (d).

En este debate *jurídico*-constitucional no puede obviarse un cierto predominio de la polémica alemana. Verdad es que en Francia cada avance importante en el proceso de integración desde el Tratado de Maastricht ha llevado al menos a una decisión del Conseil Constitutionnel.[152] No obstante, en ningún otro país de Europa el debate jurídico ha sido tan intenso como en Alemania. Eso puede deberse a que un debate libre y espontáneo acerca de los "pros" y los "contras" de la integración europea viene aún dificultado por el pasado nacionalsocialista, pero también puede deberse a que, aquí, el proceso político está particularmente "juridificado". El provecho jurídico de este debate en muchos casos ha sido asumido por otros Estados miembros, ya sea en parte o de forma íntegra. Otros Estados miembros se han beneficiado en mayor o menor medida de este debate, planteado en términos jurídicos.

A. *Soberanía, estatalidad y democracia*

a. Soberanía y estatalidad

La *soberanía* y la *estatalidad* son vistas, sobre todo en Gran Bretaña,[153] Polonia,[154] Hungría[155] y los Estados escandinavos,

151 Relación en Nergelius, IPE, § 22, marg. 35; López Castillo, IPE, § 24, marg. 47.

152 CC núm. 92-308 DC del 9 de abril de 1992, EuGRZ –Europäische Grundrechte-Zeitschrift– *Revista Europea de Derechos fundamentales* – 1993, p. 187 – *Maastricht I*; CC No. 92-312 DC del 2.9.1992, EuGRZ 1993, p. 193 – *Maastricht II*; CC núm. 92-313 DC del 23.9.1992, EuGRZ 1993, p. 196 – *Maastricht III*; CC núm. 97-394 DC del 31.12.1997, EuGRZ 1998, p. 27 – *Ámsterdam*; CC núm. 2004-505 DC del 19.11.2004, EuGRZ 2005, p. 45 – *VVE*.

153 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 3.

154 Biernat, IPE, § 21, marg. 36.

155 Sonnevend, IPE, § 25, marg. 9.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

como principios que tienden a entrar en conflicto con la integración europea, aunque las ideas acerca del contenido de tales principios sean más bien difusas.[156] Especialmente en Gran Bretaña, donde la *Sovereignty of Parliament*[157] sigue siendo el primer precepto constitucional, la europeización ha llevado a lo largo de más de 20 años, a una "modernización del entendimiento británico de la soberanía"[158] de tal modo que, con la vista puesta en las leyes inducidas por el derecho de la Unión, se excluye por ejemplo el *implied repeal*.[159]

También en el derecho constitucional francés la soberanía juega un papel clave. El Conseil Constitutionnel ve las "*conditions essentielles d'exercise de la souveraineté nationale*" vulneradas, en los casos en los cuales se transfieran a la UE competencias sustanciales o cuando una modificación del Tratado prevé la transición hacia la adopción de decisiones por mayoría calificada.[160] Sin embargo, al orientarse esta doctrina exclusivamente a la reforma previa de la Constitución —tal como teóricamente sucede también en Holanda—[161] su repercusión se limita exclusivamente al procedimiento de ratificación interno. Por esa razón estas deci-

156 Polonia: Biernat, IPE, § 21, margs. 37 y ss.

157 Soberanía parlamentaria (*Sovereignty of Parliament*) significa que en cada caso la ley más reciente del Parlamento legitimado a través de elecciones libres constituye la norma de más alto rango; *Pickin vs. British Railways Board* [1974] AC 765, 789; *Madzimbamuto vs. Lardner-Burke* [1969] 1 AC 645, 723; Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1885*, 1959, p. 40: "[The Queen in Parliament (the legislature) has] the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body [outside the legislature] is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament". La doctrina se fundamenta en el *common law* y en el hecho de que Gran Bretaña carece de una Constitución escrita, Bradley, A. W., "The Sovereignty of Parliament – in Perpetuity?", en Jowell y Oliver (N. p. 44), pp. 79, 85 y ss.; Cullen (N. p. 44), p. 10, (N. p. 15).

158 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 2.

159 *Ibidem*, marg. 32.

160 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, margs. 32 y ss.

161 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, margs. 26 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

siones de valores constitucionales no llegan a influir en el derecho de la Unión.

b. Democracia

El paradigma de la soberanía apenas ha sido tomado en consideración en Alemania e incluso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal apenas aparece de manera marginal.[162] Los problemas debatidos (también) en otros Estados bajo esta óptica tienen lugar —como ha sido el caso en Austria,[163] Suiza,[164] España[165] o Hungría—[166] desde una perspectiva nacional, de modo que se puede hablar de una equivalencia funcional entre "soberanía" y "democracia" (de concepción de Estado nación). El Tribunal Constitucional Federal concluye a partir del principio (alemán) de democracia que Alemania es y debe seguir siendo uno de los "señores de los tratados".[167] Puesto que el artículo 20 apartados 1 y 2 de la Ley Fundamental alemana no prescribe cualquier idea de democracia, haciendo la precisión de que todo el poder estatal reside en el pueblo y al mismo tiempo todo poder estatal parte de él,[168] todo poder público ejercido en Alemania —también el de los órganos de la UE— requiere por principio de una legitimación suficiente de parte del pueblo alemán. Enfoques similares se ob-

162 BVerfGE 89, 155, 190 –Maastricht: "Con ello Alemania resguarda la calidad de un Estado soberano de derecho propio y la condición de igualdad soberana con otros Estados". Véase también la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán referente al Tratado de Lisboa. BVerfG, 2 BvE 2/08 del 30 de junio de 2009.

163 Austria: Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 16.

164 En el caso de una membresía en la UE, la tensa relación con las formas de la democracia directa –limitada a los ciudadanos suizos– sería obvia, véase Keller, IPE, § 23, margs. 27 y 31.

165 López Castillo, IPE, § 24, marg. 48.

166 Sonnevend, § IPE, 25marg. 12 – § 2 Constitución húngara.

167 Sommermann, IPE, § 14 marg. 21.

168 BVerfGE 83, 37 y ss.; 83, 60 y ss. – *Kommunales Ausländerwahlrecht*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

servan en Francia, Italia, Austria, Polonia,[169] España,[170] Hungría y la mayoría de los demás Estados europeos.

Dado que la concepción del principio de democracia está vinculada a la idea del Estado nacional en casi todos los Estados miembros,[171] la introducción en concreto del *derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos de la Unión en las elecciones municipales* (artículo 19, apartado 1 del Tratado de la Unión Europea, Directiva 94/80/CE) suscitó problemas jurídico-constitucionales en Alemania,[172] Francia, Grecia, España y Hungría. En el caso de Ley Fundamental alemana (artículo 28, apartado 1, numeral 3) y en la Constitución húngara (§ 70, apartados 2 y 4) se llevó a cabo una modificación (declaratoria) de la Constitución, mientras que en Francia tuvo que incorporarse a la Constitución una autorización expresa y constitutiva (artículo 88-3). En España también tuvo que ser modificada la Constitución, aun cuando el Tribunal Constitucional no consideró al poder público ejercido por los municipios como parte del ámbito sujeto a los requerimientos de legitimación democrática. En Grecia una fundamentación comparable abrió el camino a una interpretación

169 Biernat, IPE, § 21, marg. 52.

170 López Castillo, IPE, § 24, marg. 48.

171 Grewe, C., "Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union", en Drexl y otros (eds.), *Europäische Demokratie*, 1999, pp. 59 y 61; Bélgica: artículo 33 Constitución belga; Alemania: artículo 20, apartado 2 Constitución alemana; BVerfGE 83, 30 – *kommunales Ausländerwahlrecht SH*; E 83, 60 – *kommunales Ausländerwahlrecht Hamburg*; E 89, 155 – *Maastricht*; Finlandia: § 2 Constitución finlandesa; Francia: artículo 3 CF; CC núm. 92-308 DC del 9.4.1992, EuGRZ 1993, p. 187, 189 – *Maastricht I*; No. 97-394 DC del 31.12.1997, EuGRZ 1998, p. 27, 29 – *Amsterdam*; *M. Fromont*, Francia y la Unión Europea, DÖV 1994, p. 481; Grecia: artículo 1, apartado 3 Constitución griega; Irlanda: artículo 6, apartado 1 Constitución irlandesa; *Supreme Court* del 9.4.1987, [1987] ILRM 400, 403 – *Crotty*; Italia: artículo 1 párrafo 2 Cost.; Luxemburgo: artículo 32 Constitución Lux.; Austria: artículo 1, párrafo 2 Constitución austriaca; Portugal: artículo 3, apartado 1 Constitución port.; Suecia: Cap. 1 § 1 "Forma de gobierno"; España: artículo 1, apartado 2 CE.

172 BVerfGE 83, 30, 59 – kommunales Ausländerwahlrecht SH.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

del correspondiente artículo 102 de la Constitución conforme al derecho de la Unión.

La *reserva a los ciudadanos nacionales en los puestos de funcionarios*, o bien el acceso a cargos públicos, tal como la garantiza el artículo 4, apartado 4 de la Constitución griega, también puede ser considerada aquí. En este sentido es obvio que el acceso de extranjeros a cargos públicos en una democracia de orientación de Estado nacional puede generar problemas.[173]

Sin embargo, en su radicación jurídico-individual, el principio democrático también puede tener un impacto *más allá de los Estados nacionales*. Así, el Tribunal Constitucional Federal alemán reconoció, a partir del artículo 20 de la Ley Fundamental alemana, una correlación entre el desarrollo de la integración y la pérdida de poder del Parlamento nacional que éste conlleva, por un lado, y la atribución de legitimación democrática al Parlamento Europeo, por la otra, que debe ser ampliada "manteniendo el ritmo de la integración".[174] Proyectándose de esta forma sobre la estructura institucional de la UE, limitando las decisiones por mayoría en el Consejo más allá del tenor del Tratado y fijando directrices para la distribución de competencias entre la UE y los Estados miembros, el principio democrático alemán ejerce tambien *de facto* —mientras Alemania participe de la integración— una función de parámetro (patrón) *jurídico* en el progreso de la integración europea en su conjunto, que va más allá de la propia Alemania.[175]

173 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 30.

174 BVerfGE 89, 155, 186 – *Maastricht*; Sommermann, IPE, § 14, marg. 24 s.; Biernat, IPE, § 21, marg. 52 critica que el Tribunal Constitucional polaco no hubiese reconocido esta relación.

175 Prevista en BVerfGE 89, 155, 213 – *Maastricht*; Huber (N. p. 76), pp. 574 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

B. *La europeización de la estructura constitucional de las instituciones en los Estados miembros*

De igual modo la europeización incide también en la estructura institucional de los Estados miembros, su *separación o estructura de poderes*.[176] Esto afecta a los tres poderes, siendo los parlamentos nacionales los perdedores (a), mientras que el Poder Ejecutivo (b) y el Poder Judicial (c) son mayoritariamente ganadores en este proceso. La estructura vertical de los Estados miembros se ve igualmente afectada (d).

a. Europeización como desparlamentarización

Aun cuando la europeización como tal no trae consigo un "proceso de degeneración" del parlamentarismo europeo,[177] desde la óptica del sistema *político* nacional conduce ciertamente en la mayoría de los Estados miembros a una pérdida de funciones de los parlamentos nacionales.[178] En vista de que esa pérdida no es efectivamente compensada por el peso que ha adquirido el Parlamento Europeo en la estructura institucional de la UE,[179] es ahí

176 Bernitz, U., "Swedish Report", en Schwarze (N. p. 105), pp. 389 y 434; Edwards, J. y Willmer, S., Europeanisation – Institutional Change in Britain, France and Germany, 1995.

177 Con buenas razones en contra, von Bogdandy, A., "Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?", *AöR*, 130 (2005), pp. 445, 462 y ss., que describe una transformación de las funciones del Parlamento.

178 Huber (N. p. 23), § 7 marg. 16 ss.; Dinamarca: Højesteret, sentencia del 6.4.1998 – I 361/1997, ZaöRV 58 (1998), p. 901 – *Maastricht*; Alemania: BVerfGE 89, 155, 184 ss. – *Maastricht*; Francia: *Flauss* (N. p. 105), p. 25, 93 s.; Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 16; Grecia: Papadimitiou, G., "Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Griechenland", en Battis y otros (eds.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, 1995, pp. 149, 171 y ss.; Gran Bretaña: Birkinshaw, P., "British Report", en Schwarze (N. p. 105), pp. 250 y ss.; Países Bajos: Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 24; Austria: Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 16; Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 15; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 55.

179 Una postura crítica ante la insuficiente consideración del aporte de legitimación del Parlamento Europeo: Biernat, IPE, § 21, marg. 52.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

donde radica, según la convicción de la mayoría, el verdadero *déficit democrático* de la UE.[180] La condición de Estado miembro en la UE implica que el derecho de la Unión tiene aplicación directa en los Estados miembros y que éste también pueda establecer derechos y deberes para los ciudadanos, siendo éste un derecho que es creado principalmente por los poderes ejecutivos y no por los parlamentos (nacionales).[181] Por consiguiente, en la medida en que se transfieren a la UE funciones y competencias, los *parlamentos nacionales* pierden capacidad de decisión. Esto se considera, no sólo en Alemania, como "pérdida de influencia" de los principios constitucionales de democracia y soberanía popular y, por lo tanto, necesita de justificación a la vez que postula la mayor concreción posible del "programa de integración" establecido en los tratados (de la UE, de la CE, TCE); en algunos casos se habla de una "pérdida considerable de poder" de los parlamentos nacionales.[182]

Para el derecho derivado aprobado en el Consejo de la UE con mayoría (cualificada) (artículo 205 CE), que ya hoy en día afecta a las áreas políticas más importantes de la UE, mientras el TCE —como se mantiene en el Tratado de Lisboa— duplica el número de materias que caerían bajo la decisión por mayoría. La anterior conclusión adquiere tanto mayor peso que ya no importa la aprobación de cada Estado miembro individualmente considerado y por lo tanto tampoco se puede exigir ya responsabilidad parlamen-

180 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 28; Cassese, S., "Is there really a 'democratic deficit'?", en EuropEos (ed.), *Institutional reforms in the European Union*, 2002, pp. 19, 26 y ss.; Curtin, D., "The constitutional structure of the Union: A Europe of bits and pieces", *CMLRev.,* 30 (1993), pp. 17 y 68; Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 23; Herdegen, M., "Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?", *VVDStRL*, 62 (2003), pp. 7 y 26; Huber, P. M., *Die Rolle der nationalen Parlamente bei der Rechtssetzung der Europäischen Union*, 2001, p. 54; Weber-Panariello, P., *Nationale Parlamente in der Europäischen Union*, 1995.

181 Acerca de la cuestión en disputa sobre si la representación de Francia en la UE constituye un *domaine réservé* del presidente de la nación: Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 16.

182 Italia: Panara, IPE, § 18, marg. 44.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

taria alguna ni control del Poder Ejecutivo.[183] Aun cuando no cabe ninguna objeción de principio a *las decisiones por mayoría,* ante la amenaza de incapacidad de integración de todos los Estados miembros que se daría en su defecto, la adopción de decisiones por mayoría calificada ocasiona problemas jurídico-constitucionales y político-constitucionales en muchos Estados miembros. Para Alemania, el sometimiento a decisiones adoptadas de esta manera supone, por lo pronto, una "pérdida de influencia" en el sentido del artículo 20, apartados 1 y 2 de la Constitución, ya que ciertamente todos los miembros del Consejo de la UE están democráticamente legitimados, pero no derivan esa legitimación del pueblo alemán, como lo exige el artículo 20 de la Ley Fundamental alemana. Con mucha reserva el Tribunal Constitucional Federal manifestó que no habría que ver una "violación" del principio democrático constitucional por el solo hecho del sometimiento a las decisiones adoptadas por mayoría, de modo que el ejercicio de atribuciones de soberanía ya no podrá "depender *siempre* de la voluntad de un Estado miembro individual", y que un requisito de unanimidad *en todos los casos* pondría en duda estructuralmente a la UE. Esta argumentación se puede encontrar —*mutatis mutandis*— en prácticamente todos los Estados miembros.[184] Desde luego que el Tribunal Constitucional Federal alemán no se ha detenido en la descripción de este problema. Siguiendo el ejemplo del Conseil Constitutionnel enfatizó igualmente que el principio de mayoría encuentra sus "límites en los principios constitucionales e intereses elementales de los Estados miembros",[185] otorgando así un "espaldarazo" al Compromiso de Luxemburgo.[186]

183 Por lo demás, un inventario informal muestra que Alemania es el Estado miembro que con mayor frecuencia es vencido por mayoría de votos, Seidel, M., "Die Einstimmigkeit im EU-Rat –eine leidige, aber nicht dispensable Regel", *EuZW*, 2000, p. 65.

184 Gran Bretaña: Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 28.

185 BVerfGE 89, 155, 183 – *Maastricht*.

186 Huber (N. p. 23), § 11, marg. 18; Streinz, R., *Die Luxemburger Vereinbarung*, 1984.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La mayoría de los Estados miembros ha intentado frenar la desparlamentarización asociada a la europeización, reconociendo a los parlamentos nacionales cierta participación en el "poder de integración".[187] Éstos, en su mayoría, disponen de comisiones de Asuntos Europeos[188] dotadas frecuentemente de atribuciones especiales. En lo que respecta a la *"fase ascendente"*,[189] en Alemania se ha intentado mitigar la intromisión en las competencias del Bundestag particularmente a través de las regulaciones del artículo 23, apartados 2 y 3 de la Ley Fundamental alemana, la Ley sobre la cooperación entre el gobierno federal y el Bundestag alemán en asuntos de la Unión Europea (EUZBBG),[190] que desarrolla dichas disposiciones constitucionales, y el "acuerdo" de 22 de septiembre de 2006; en Austria a través de los artículos 23e y 23f de la Constitución austriaca. Estas normas obligan al gobierno federal de turno a informar al Parlamento a tiempo y sin demora y a "tomar en cuenta" los dictámenes de éste, relativos a asuntos europeos.[191] En Francia, el Parlamento ha visto reconocido el derecho de ser informado por el gobierno respecto de las decisiones o desarrollos comunitarios más importantes a través del artículo 88-4 CF,[192] en Suecia al Reichstag, mediante el capítulo 10 § 6 apartado 1 de la "Forma de gobierno".[193] En Grecia, el artículo 70, apartado 8 de la Constitución dispone la obligación del gobierno de informar y discutir aquellas cuestiones "que sean objeto de

187 Huber (N. p. 179); Países Bajos: en general Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 39.

188 Alemania: artículo 45 Constitución alemana; Suecia: Nergelius, IPE, § 22, marg. 37 "EU-nämden".

189 Sobre la conceptualización en Alemania, Huber (N. p. 146), p. 356; Italia: Panara, IPE, § 18, marg. 45; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 28.

190 Comisión especial del Bundestag "Unión Europea", BT-Drucks. 12/3896, pp. 19 y ss.; Scholz, R., en Maunz y Dürig (eds.), *GG*, Artículo 23, marg. 92 (actualizado a octubre de 1996).

191 En detalle Huber (N. p. 23), § 19, marg. 7 ss.

192 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 17.

193 Nergelius, IPE, § 22, marg. 37.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

regulación normativa en el marco de la Unión Europea",[194] y en Italia la *legge Buttiglione* núm. 11 de 4 de febrero de 2005 reguló de nuevo toda esta materia.[195] En cambio, en Holanda, el derecho del Parlamento a ser informado sobre asuntos europeos (derecho originario) sólo tiene base en la praxis del Estado derivada del derecho general del Parlamento a ser informado previsto en el artículo 68 *Grondwet*.[196]

Sin embargo —a excepción de Austria—[197] los dictámenes de los parlamentos no son por definición vinculantes para los respectivos gobiernos nacionales;[198] en Alemania, Gran Bretaña e Italia está prevista expresamente la llamada *reserva de escrutinio parlamentario (parliamentary scrutiny reserve; riserva d'esame parlamentare)*,[199] es decir, una emisión del voto en el Consejo de la UE bajo reserva de aprobación parlamentaria. Para Holanda rige una norma comparable, al menos en el marco del título VI del Tratado de la UE y del título IV del Tratado de la CE, siempre que el Parlamento Europeo no participe por el procedimiento de la codecisión en la promulgación de esos actos jurídicos.[200]

La limitación de los parlamentos nacionales al derecho a ser informados y a las correspondientes obligaciones de ser tomados en cuenta ha sido incapaz de compensar, siquiera en parte, las pérdidas de competencia derivadas de la europeización.[201] El hecho de

194 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 25.

195 Panara, IPE, § 18, marg. 45.

196 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 39 s.

197 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 48; una excepción en Alemania la constituye en cierta forma la obligación de "consideración decisiva" en favor del *Bundesrat* –cámara alta alemana– contenida en el artículo 23 apartado 5 párrafo 2 Constitución alemana, § 5, apartado 2 EUZBLG.

198 Suecia: Nergelius, IPE, § 22, marg. 37.

199 Alemania: Acuerdo del 22.9.2006; Italia: Panara, IPE, § 18, marg. 45.

200 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 42.

201 Classen, C. D., en v. Mangoldt y otros (eds.), *GG*, tomo II, 2005, artículo 23 apartado 2, marg. 64; Di Fabio, U., "Der neue Artículo 23 des Grundgesetzes", *Der Staat*, 32 (1993), pp. 191 y 209; Nessler, V., "Die 'neue Ländermitwirkung' nach Maastricht", *EuR*, 29 (1994), pp. 216 y 229.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

que, según el consenso generalizado, no hayan resultado efectivas se debe principalmente a dos razones.[202] Por una parte, la enorme cantidad de propuestas legislativas comunitarias sobrepasan las capacidades de los parlamentos nacionales y de sus comisiones de Asuntos Europeos.[203] A menos que la participación del Parlamento se limite a la mera (posibilidad de) toma de conocimiento, se impondría una ponderación política de los proyectos,[204] lo cual no siempre se logra.[205] Por otra parte, los parlamentos nacionales y sus comisiones de Asuntos Europeos hasta ahora sólo en casos excepcionales —por ejemplo en Dinamarca y Gran Bretaña— se han tomado la molestia de discutir propuestas legislativas comunitarias en detalle y con celeridad, así como de preparar propuestas de modificación y promulgar dictámenes que el gobierno correspondiente pueda tomar como base para sus negociaciones. El que éste no sea el caso en la mayoría de los Estados miembros tiene sus propias consecuencias, como es en la configuración partidista de la estructura institucional jurídico-constitucional,[206] la escasa relevancia jurídica y política de estos dictámenes y —en consecuencia— el escaso interés público que éstos generan.

En Italia, el debilitamiento del Parlamento nacional adquirió carácteres aún más evidentes como consecuencia de la reciente institución de la *legge communitaria*, a través de la *legge Buttiglione*, para la fase descendente (de implementación), por medio de la cual se incorporan de manera global, como parte del or-

202 Classen (N. p. 200), artículo 23 apartado 2, marg. 64 s.; *Huber* (N. p. 179), p. 35.

203 Países Bajos: Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 41.

204 Huber (N. p. 179) p. 36; ya antes Kabel, R., *Die Mitwirkung des Deutschen Bundestages in Angelegenheiten der Europäischen Union*, Memoria para Grabitz, 1995, p. 241, 259 s.

205 Países Bajos: Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 41.

206 Al respecto Huber, P. M., "Regierung und Opposition", en Isensee y Kirchhof (eds.), *HStR*, III, 2005, § 47, margs. 29 y ss. Por lo tanto, no es coincidencia que el control parlamentario de la política respecto a Europa es particularmente efectiva allí donde –como en Dinamarca– existen gobiernos de minoría, donde el solapamiento de la estructura institucional por el Estado de partidos es limitado.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

denamiento jurídico italiano, todas las normas de la UE que corresponde implementar en un año.[207] Resulta obvio que bajo estas condiciones el Parlamento prácticamente no tiene oportunidad de hacer uso del margen de acción que aún le queda.

b. Europeización como fortalecimiento del Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo (gobierno y administración) ya de por sí fuerte en casi todos los Estados europeos,[208] ha visto reforzada aún más su posición como consecuencia de la europeización e internacionalización.[209] Las causas hay que buscarlas en su participación en la actividad legislativa (inducida por la Unión), con repercusiones en su posición interna en los respectivos países, en el cúmulo de funciones administrativas que ha crecido en forma y tamaño, así como la primacía (de aplicación) del derecho de la Unión. Esta última permite al Poder Ejecutivo dejar sin aplicación leyes parlamentarias, cuando colisionan con el derecho de la Unión,[210] y de esta manera transforma a la ley parlamentaria nacional —la primacía de la ley y el principio de legalidad— del hasta ahora instrumento central de control del ordenamiento jurídico en un factor aleatorio sobre cuya efectividad, hoy más que antes, decide el Poder Ejecutivo por su propia cuenta.[211] Que esto refuerza sustancialmente su posición frente al Poder Legislativo no requiere mayor explicación.[212]

207 Panara, IPE, § 18, marg. 48.

208 Sentando bases, von Bogdandy, A., *Gubernative Rechtssetzung*, 2000, pp. 23 y ss., con más enfoques de fundamentación; Cananea, G. della, "The Growth of the Italian Executive", en Craig y Tomkins (eds.), *The Executive and Public Law*, 2006, pp. 243 y ss.; Leisner, W., "Regierung als Macht kombinierten Ermessens: Zur Theorie der Exekutivgewalt", *JZ*, 1978, pp. 727 y 729.

209 Di Fabio, U., "Gewaltenteilung", en Isensee y Kirchhof (eds.), *HStR*, II, 2004, § 27, margs. 65, 70: Huber, P. M., "Die entfesselte Verwaltung", *StWStP*, 8 (1997), pp. 423, 444 y ss.; von Bogdandy (N. p. 176), p. 445, 461 s.

210 TJCE, sentencia 103/88, repertorio 1989, 1869, 31 – *Fratelli Costanzo.*

211 Panara, IPE, § 18, marg. 49.

212 En Austria esto se califica como conflicto con el principio de legalidad y el principio del Estado de derecho, Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 18.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Sin embargo, desde la perspectiva de estos ordenamientos jurídicos,[213] el Poder Ejecutivo, particularmente fuerte en Francia y Gran Bretaña, también ha tenido que ceder espacios al Legislativo. En Francia, por ejemplo, el Conseil Constitutionnel vio un reforzamiento inconstitucional del Parlamento francés en la cláusula Passerella del artículo IV-444.3 TCE y en la incorporación de los parlamentos nacionales al procedimiento legislativo comunitario a través del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como el Protocolo sobre la función de los parlamentos nacionales en la UE, que debería ser legitimada primero por una reforma constitucional.[214] A ello se debe que el ECA 1972 y el European Parliamentary Elections Act 2002 en Gran Bretaña exijan una ley para cualquier modificación o ampliación de las competencias del Parlamento Europeo, aun cuando la ratificación de acuerdos de derecho internacional público usualmente forma parte de la llamada prerrogativa real.[215]

c. Europeización como fortalecimiento del Poder Judicial

Por otra parte, la europeización conduce a un enorme fortalecimiento del Poder Judicial frente al legislador, algo que es particularmente notorio en Gran Bretaña, pero también en Suecia.[216] La jurisprudencia *Factortame* del TJCE,[217] que por primera vez obligó a los tribunales británicos a declarar leyes emanadas del Parlamento como "inaplicables"[218] y a otorgar tutela jurídica frente a

213 El que bajo una óptica material se podría ver allí también una compensación incompleta de los derechos legislativos perdidos, no se corresponde con el modo típico de enfocar este asunto.

214 CC núm. 2004-505 DC del 19 de noviembre de 2004, EuGRZ 2005, p. 45 – *VVE*; Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 36.

215 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 8.

216 Nergelius, IPE, § 22, margs. 28 ss., 30.

217 TJCE, sentencia C-213/89, repertorio I-1990, 2433 –The Queen/Secretary of State for Transport ex parte Factortame.

218 Desde inicio de los años noventa, el *House of Lords* declara leyes británicas como "inapplicable" por su incompatibilidad con el derecho de la Unión, *R*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la Corona, es descrito incluso como "revolutionary event in UK law",[219] porque con ello no solamente se rompió con un postulado central del c*ommon law,* sino que también se fortaleció de manera permanente la posición de los tribunales frente al Parlamento. En Suecia, que —al igual que Gran Bretaña— sólo conoce un control judicial muy limitado de las leyes emanadas del Parlamento, la situación es similar: han sido las exigencias jurídicas de la Unión las que han transformado el papel del Poder Judicial frente al legislador.[220] Lo mismo cabe decir respecto del Poder Ejecutivo, si se tiene en cuenta que la *exigencia de tutela judicial efectiva* del derecho de la Unión obligó al legislador sueco en 1998 a modificar el derecho contencioso-administrativo (*Förvaltningslagen*), que otorgó por primera vez a los tribunales contencioso-administrativos la competencia general de conocer de recursos legales contra decisiones de autoridades administrativas (artículo 22a).[221]

Visto lo anterior, pierde relevancia el hecho de que la europeización de la estructura institucional también implique un vaciamiento gradual de la jurisdicción *constitucional* nacional en beneficio de los tribunales especializados y de los tribunales de la UE. En lo que se refiere en concreto a su *monopolio* sobre la anulación de normas, tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán (artículo 100, apartado 1 Ley Fundamental alemana) como la Corte Costituzionale italiana o el Tribunal Constitucional austriaco[222] no han salido indemnes.

vs. Secretary of State for Employment, ex parte Equal Opportunities Commission [1994] 1 All ER 910; crít. Bradley (N. p. 156), p. 79 ss.

219 Birkinshaw (N. p. 177), p. 205, 241; Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 32; Cullen (N. p. 44), p. 11 – "Schock".

220 Nergelius, IPE, § 22, marg. 32.

221 *Ibidem*, marg. 30.

222 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 18.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

d. Europeización y estructuras territoriales del poder

Puesto que la europeización produce un cambio en las estructuras constitucionales ello tiene como consecuencia necesaria una metamorfosis de las relaciones jurídicas referidas al reparto de competencias entre el Estado nacional y sus subdivisiones regionales.[223] Y es que el *ius integrandi* es una atribución de los Estados centrales.[224] En ese contexto no debe sorprender que, en cuanto a las subdivisiones verticales de los Estados miembros (Estados, regiones, comunidades autónomas, etcétera), la integración europea haya puesto de manifiesto puntos de fricción.[225] Ahora bien, de la heterogeneidad de los Estados miembros estos puntos de fricción no pueden ser colocados bajo un denominador común. Así como el *programa de integración*, que también repercute en las competencias regionales, principalmente en Alemania es visto sobre todo como amenaza para los Länder y su estatalidad[226] —lo mismo cabe decir respecto de las regiones italianas—[227] en otros Estados miembros el reconocimiento del nivel regional (artículo 102, apartado 1, 263 ss. del Tratado de la CE) —primero informal, luego incorporado al derecho originario— supuso un verdadero resorte de la descentralización.

Para la "fase descendente",[228] es decir, para la puesta en práctica e implementación del derecho de la Unión, rige por lo general el principio de la autonomía institucional y procedimental. Es decir, la distribución constitucional de competencias en cada

223 Huber, P. M., "Die Wirkung der Supranationalität auf Föderalismus und Regionalismus", conferencia en el marco de las jornadas SIPE 2005; Italia: Panara, IPE, § 18, marg. 50; Austria: Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 17; Suiza: Keller, IPE, § 23, marg. 28 s.; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 27.

224 Para España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 27.

225 Grabenwarter, IPE, § 20, margs. 36, 43.

226 BVerfGE 80, 74 – e. A. Rundfunkrichtlinie; E 92, 203 – Fernsehrichtlinie.

227 Panara, IPE, § 18, marg. 50 ss.

228 Sobre el concepto, véase López Castillo, IPE, § 24, marg. 28.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Estado.[229] De cara a la europeización, ello es importante desde dos puntos de vista: por una parte, la distribución de competencias puede resultar un obstáculo para la aplicación oportuna e íntegra del derecho de la Unión y en tal sentido puede causar problemas de cara al artículo 10 del Tratado de la CE. Por la otra, la transferencia de competencias a la UE supone un coste para los *Länder* y regiones, pues en la mayoría de los casos sólo disponen de competencias limitadas.

A fin de afrontar las dificultades derivadas de la estructura vertical de los Estados miembros en la *fase descendente (de implementación)*, el artículo 23d, apartado 5 de la Constitución austriaca, por ejemplo, prevé que las respectivas competencias de los Estados federados pasen al gobierno federal, después de una condena de Austria por parte del TJCE, siguiendo el procedimiento regulado en el artículo 226 del Tratado de la CE.[230] Del mismo modo, en Alemania se ha procedido a la eliminación de la legislación marco en favor de una legislación concurrente con facultad de derogación. Ello permite deducir un efecto promotor de la implementación, al menos en lo que respecta a las materias allí mencionadas.[231]

Por otra parte, la proverbial "*ceguera respecto de los Estados federados*" del derecho de la Unión[232] (*Landesblindheit*), limita los márgenes de actuación de los legisladores estatales en los escasos ámbitos de regulación[233] que aún les quedan a los Estados federados, ya que prácticamente todas las materias objeto de la legislación estatal —desde el derecho de radiodifusión hasta la edu-

229 En Italia este principio apenas se estableció con la inserción del artículo 117, apartado 5 Cost. En 2001, Panara, IPE, § 18, marg. 55; España: López Castillo, IPE, § 24, margs. 30, 51 ss.

230 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 47.

231 Huber (N. p. 144), p. 359 ss.

232 Hirsch, G., "Landesverfassung im Lichte des Europäischen Rechts", *Sächs-VBl*, 1998, p. 101; Huber (N. p. 23), § 5, marg. 45; Ipsen, H. P., *Als Bundesstaat in der Gemeinschaft*, homenaje a Walter Hallstein, 1966, p. 248, 256.

233 Janssen, A., "Wege aus der Krise des deutschen Bundesstaates", *ZG*, 15 (2000), volumen especial, pp. 41 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cación (artículo 149 CE) y la cultura (artículo 151 CE)— están expuestas a cada vez mayores superposiciones del derecho de la Unión.[234] Adicionalmente, por lo que respecta a Alemania, los derechos de participación del Bundesrat en la legislación y administración de la Federación (artículo 50 Ley Fundamental alemana) están siendo socavados por el proteccionismo del Consejo de Ministros.

La europeización afecta también a la ejecución de la ley. Aun cuando se trate de la ejecución del derecho de la Unión, ésta es una función primaria de los Estados miembros y de su administración, es decir, competencia frecuentemente de los Länder y en su caso de las regiones. Ello obedece a que la Unión Europea (todavía) responde a un modelo de "federalismo ejecutivo".[235] Una ejecución efectiva exige desde luego una cooperación cada vez más estrecha entre la Comisión Europea, otros entes de la administración comunitaria y las autoridades de los Estados miembros.[236] Esa es una consecuencia necesaria de la estructura de la UE en tanto que Unión de Estados y Unión de Constituciones (*Staaten- und Verfassungsverbund*). En el contexto de esta *relación de cooperación* la administración nacional va camino de convertirse en la hermana menor: una supervisión cada vez más estrecha por parte de la Comisión, amplios derechos de participación —que en ocasiones determinan casi por completo la decisión material

234 Dolzer, R., "Das parlamentarische Regierungssystem und der Bundesrat –Entwicklungsstand und Reformbedarf", *VVDStRL*, 58 (1999), pp. 7, 33 y ss.; Huber (N. p.. 23), § 4, marg. 4, § 23, marg. 9; Nettesheim, M., *Wettbewerbsföderalismus und Grundgesetz*, homenaje a Peter Badura, p. 363, 364; Hilf, M., "Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?", *VVDStRL*, 53 (1994), p. 7; Stein, T., "Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz", *VVDStRL*, 53 (1994), p. 26; Schweitzer, M., "Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz", *VVDStRL*, 53 (1994), p. 97.

235 Huber (N. p.. 23), p. 230; Pernice, I., "Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund", *JZ*, 2000, p. 866, 871.

236 Huber (N. p. 23), p. 230; Schmidt-Aßmann y Schöndorf-Haubold (eds.), *Der Europäische Verwaltungsverbund* (La unión administrativa europea), 2005.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

sobre el fondo—, su fortalecimiento en la llamada *comitología* (decisión del Consejo 1994/468/CE), y, en último término, la ampliación forzada de la ejecución directa así como un número cada vez mayor de agencias ejecutivas y regulatorias junto con otros entes,[237] aparecen como indicios de una transformación radical, al fin de la cual la administración nacional verá amenazada su posición de socio equiparado en derechos,[238] lo que a la vista del reparto de competencias dentro de los Estados repercute en los *Länder* y las regiones.

Estos últimos han intentado, no sin éxito, compensar sus pérdidas de competencias mediante la participación en la formulación doméstica de la política europea en la "fase ascendente" de la legislación. En Alemania, por ejemplo, los Länder poseen —a través del Bundesrat— amplios derechos de participación, regulados por el artículo 23, apartados 2, 4 y 5 de la Ley Fundamental, así como por la Ley Reguladora de la Cooperación entre el gobierno federal y los Estados federados en asuntos de la Unión Europea (EUZBLG). Estos derechos les proporcionan una influencia sustancial, incluso determinante allí donde se vean afectadas las competencias exclusivas de los Estados federados sobre la formación de voluntad del gobierno federal. Sin embargo, no hay noticia de que el Bundesrat se haya impuesto o se haya tenido que imponer al gobierno federal en una materia en la cual su criterio debía ser tomado en cuenta en forma "determinante" (artículo 23, apartado 5, párrafo 2 en concordancia con § 5, apartado 2, párrafo 5 EUZBLG). En Italia, según el artículo 117, apartado 5 de la Constitución, las regiones tienen el derecho de participar en las decisiones del proceso legislativo de la UE sobre materias que se inscriben en su ámbito de competencia, para lo cual se creó una "Conferencia Estado-Regiones".[239] Del mismo modo, en España

237 Fischer-Appelt, D., *Agenturen der Europäischen Gemeinschaft*, 1999; Koch, M., *Die Externalisierungspolitik der Kommission*, 2004.

238 Huber, P. M., *Das Kooperationsverhältnis von Kommission und nationalen Verwaltungen beim Vollzug des Unionsrechts*, homenaje a Winfried Brohm, 2002, pp. 127 y 137.

239 Panara, IPE, § 18, marg. 52.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

se creó, con rango de ley ordinaria, la "Conferencia relativa a los Asuntos Europeos".[240] En Austria, el artículo 23d, apartado 2 de la Constitución dispone que el gobierno federal está vinculado a un dictamen emitido por la "Conferencia de Integración de los Estados Federados",[241] al igual que al dictamen del Consejo Federal en caso de proyectos de la UE que "necesariamente deban ser implementados a través de una ley constitucional federal".[242] Incluso en Suiza, en los años noventa se diseñaron fórmulas de participación de los cantones dadas las crecientes necesidades de coordinación en el marco de una integración, a través de la creación de la Conferencia de los Gobiernos Cantonales (KdK), una "obligación de consideración" establecida en el artículo 54, apartado 3 y el artículo 55, apartado 1 de la Constitución, que se concreta en más detalle a través de la Ley federal de 22 de diciembre de 1999 sobre la participación de los cantones en la política exterior de la Confederación.[243]

También cabe contar entre los instrumentos de compensación la participación de representantes del nivel regional en los grupos y comisiones de trabajo del Consejo de la UE,[244] así como la posibilidad en una serie de Estados, de ceder la representación del Estado miembro ante el Consejo de la UE a un representante de los *Länder* o de las regiones.[245] Ahora bien, en Alemania el artículo 23, apartado 6 de la Ley Fundamental en concordancia con el § 6 de la EUZBLG prevé que la representación ante el Consejo de la UE en las áreas de educación, cultura y radiodifusión sea ejercida por un ministro de un *Land* designado por el Bundesrat, el llamado representante de los *Länder*. En Austria está regulado

240 López Castillo, IPE, § 24, marg. 29.

241 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 45.

242 *Ibidem*, marg. 49.

243 Keller, IPE, § 23, margs. 29, 53.

244 Italia: Ley La Loggia núm. 131 del 5 de junio de 2003; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 53.

245 Crít. Desde el punto de vista español: López Castillo, IPE, § 24, marg. 34.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

por el artículo 23d, apartado 3 de la Constitución,[246] el cual sin embargo ha sido irrelevante hasta el presente. De forma parecida, en Italia la Ley La Loggia Núm. 131 del 5 de marzo de 2003 prevé la posibilidad de transferir la dirección de la delegación italiana al presidente de un gobierno regional.[247] Igualmente cabe mencionar aquí la obligación del Estado central de acudir al TJCE para impugnar actos jurídicos de la UE en defensa de los intereses de las regiones, como está establecido en el § 7 EUZBLG o en el artículo 5, apartado 2 de la ley La Loggia. En este sentido cabe remitirse al artículo 8 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Todos estos mecanismos a favor de los *Länder* y las regiones han sido valorados de muy diferente manera. En Alemania, por ejemplo, mientras que los *Länder* no ven problema alguno e incluso aspiran a orientar a otras unidades estatales como las comunidades autónomas en España, el gobierno federal o bien la doctrina coinciden en que los derechos de participación de los *Länder* a través del Bundesrat así como la institución del representante de los *Länder* han resultado ser demasiado complicados y engorrosos.

C. *Derechos fundamentales*

La primacía del derecho de la Unión y la circunstancia de que éste tiene que ser implementado por leyes nacionales y aplicado por la administración y jurisdicción nacionales no ha tardado en generar fricciones, sobre todo en aquellos Estados que conocen una tutela jurisdiccional específica de los derechos.[248] Este

246 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 46.

247 Panara, IPE, § 18, marg. 53.

248 En cambio, la influencia promotora del derecho de la Unión para la formación de derechos fundamentales en Suecia es enfatizada por Nergelius, IPE, § 22, margs. 39 ss., 42.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

fenómeno puede observarse prácticamente en todos los Estados miembros.[249]

Tras la *sentencia Frontini* del 27 de diciembre de 1973 la Corte Costituzionale italiana, se convirtió en el primer tribunal constitucional nacional que formuló una reserva de principio a la primacía del derecho de la Unión desde la perspectiva de los principios constitucionales fundamentales así como de los derechos fundamentales.[250] El Tribunal Constitucional Federal alemán se ha convertido en antagonista del TJCE. Al día de hoy continúa declarando que la apertura del ordenamiento jurídico alemán al derecho comunitario y al derecho de la Unión no permite afectar a las estructuras constitutivas de la Ley Fundamental, a la vez que continúa proclamando que el derecho de la Unión aplicado en Alemania debe respetar el "carácter esencial" de los derechos fundamentales tal como son reconocidos en Alemania.[251] Dado que el derecho de la Unión inicialmente no conocía garantías de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Federal se vio obligado a exigir en su Sentencia *Solange I* de 1974 el acatamiento de los derechos fundamentales nacionales en la ejecución del derecho de la Unión por parte de autoridades alemanas. El Tribunal precisa en dicha sentencia que la parte referida a los derechos fundamentales de la Ley Fundamental alemana constituye un elemento esencial e irrenunciable de la estructura constitucional de la Ley Fundamental[252] que también ha de ser respetada en la ejecución del derecho de la Unión cuando éste por sí mismo no garantice el estándar mínimo exigido por la Ley Fundamental. Sin embargo, desde la sentencia

249 España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 56; Hungría: Sonnevend, IPE, § 25, marg. 27. Aún en los Países Bajos, tan pragmáticos y abiertos a la integración, según el artículo 91, apartado 3 *Grondwet* cualquier modificación del Tratado que afecte las disposiciones que garantizan la tutela constitucional requeriría una mayoría de dos tercios, Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 31.

250 Corte Costituzionale, sentencia 183/73 del 27 de diciembre de 1973 –*Frontini* (traducción alemana EuGRZ 1975, p. 311).

251 En detalle Sommermann, IPE, § 14, marg. 19 ss.; la misma formulación se halla en § 8 apartado 2 Constitución húngara, Sonnevend, IPE, § 25, marg. 29.

252 BVerfGE 37, 271, 280 – *Solange I*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

conocida como *Vielleicht*,[253] sobre todo a partir de la Sentencia *Solange II* del 22 de octubre de 1986,[254] el Tribunal Constitucional Federal alemán asume que el derecho de la Unión y particularmente la jurisprudencia del TJCE mientras que aseguren una tutela efectiva de los derechos fundamentales constitucionales, "ha de considerarse esencialmente igual a la tutela constitucional brindada como inalienable por la Ley Fundamental, ya que *en general* garantiza el contenido esencial de los derechos fundamentales". La Sentencia *Maastricht*[255] ha confirmado fundamentalmente esta doctrina, pero ha realizado una importante aclaración:[256] si el adverbio temporal *Solange* ("mientras"), con el que se ha dado a conocer esta sentencia, transmitía la idea implícita de que sólo sería cuestión de tiempo hasta que la tutela constitucional de la Unión alcanzara un grado de desarrollo tal que hiciera innecesario el recurso a los derechos fundamentales garantizados en Alemania, con la fórmula de la *relación de cooperación*,[257] el Tribunal situó bajo supervisión permanente la tensa relación con el derecho de la Unión y su aplicación por el TJCE (*subespecie* control de los derechos fundamentales).[258] Del mismo modo, la *sentencia sobre la ordenación del mercado del plátano*[259] parte de dicha relevancia (subsidiaria) de la tutela nacional de los derechos fundamentales, ya que el Tribunal considera admisibles los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que el derecho de la Unión no garantiza el estándar mínimo exigido por la Ley Fundamental, es decir, cuando en general no es capaz de garantizar el contenido esencial de los derechos fundamenta-

253 BVerfGE 52, 187 – *Vielleicht*.

254 BVerfGE 73, 339 – *Solange II*.

255 BVerfGE 89, 155, 174 s. – *Maastricht*.

256 Huber, P. M., "Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH in Grundrechtsfragen", *EuZW*, 1997, pp. 517 y 519.

257 BVerfGE 89, 155 – *Maastricht*.

258 Huber (N. p. 255), p. 519; el mismo, en von Mangoldt y otros (eds.), *GG*, Bd. I, 2005, artículo 19 apartado 2, marg. 198.

259 BVerfGE 102, 147, 164 – *Bananenmarkt*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

les.[260] Posteriormente, mediante reforma de la Ley Fundamental, ocurrida en 1992, se han codificado los requisitos de la jurisprudencia Solange en el artículo 23 de la misma,[261] disponiendo una llamada "cláusula de garantía estructural" según la cual la UE debe garantizar una protección "esencialmente comparable" al estándar de la Ley Fundamental. El planteamiento de partida en este caso es el de que, en la ejecución del derecho de la Unión, no se producirá una violación del nivel de protección de los derechos fundamentales garantizados por la Ley Fundamental cuando ya a nivel europeo se garantiza un estándar de protección de los derechos fundamentales que excluye las intervenciones ilegales en las esferas de libertad protegidas. Argumentos tanto de tipo sistemático como teleológico abonan la idea de que con ello se debe conseguir una *compatibilidad de estructuras*, básicamente equivalente, y no el paralelismo o la identidad de los resultados,[262] lo que sería imposible imponer unilateralmente.

La *doctrina Solange* del Tribunal Constitucional Federal alemán ha encontrado varios seguidores. Por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional polaco se declara que los derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución constituyen un "estándar mínimo garantizado" que no puede ser rebajado por normas jurídicas comunitarias.[263] En Suecia, donde en 1995 el Reichstag incluyó literalmente la reserva *Solange* en un primer momento en el capítulo 10 § 5 de la "Forma de gobier-

260 En tal sentido, también Grimm, D., "Europäischer Gerichtshof und nationale Arbeitsgerichte aus verfassungsrechtlicher Sicht", *RdA*, 1996, pp. 66 y 68; Huber (N. p. 255), p. 517, 519; Zuleeg, M., "Bananen und Grundrechte –Anlaß zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit", *NJW*, 1997, p. 1201.

261 BVerfGE 102, 147, 163 s. – *Bananenmarkt*.

262 Pero así, Schilling, Th., "Eigentum und Marktordnung nach Gemeinschafts - und nach deutschem Recht", *EuGRZ*, 1998, pp. 177 y 179.

263 Biernat, IPE, § 21, marg. 45.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

no" (*så länge*), si bien más tarde la atenuó.[264] En España,[265] Hungría[266] y otros Estados miembros esta doctrina también ha sido bien recibida.

Podrán llegar a surgir conflictos entre el derecho de la Unión (originario) y el derecho constitucional nacional en Francia, donde el Conseil Constitutionnel ha verificado tanto el Tratado de Maastricht[267] como el TCE[268] respecto a su coincidencia con los derechos fundamentales de la Constitución francesa.[269] En Grecia, donde la garantía de libertad de prensa excluye a los medios de comunicación de la participación en contrataciones públicas (artículo 14 Constitución griega) lo cual es violatorio del derecho de contratación comunitario, se mantiene vivo este conflicto.[270]

La amenaza de los tribunales (constitucionales) nacionales de no aplicar el derecho de la Unión en caso de merma excesiva del estándar de protección de derechos fundamentales, ha llevado primeramente al TJCE, y luego a los propios Tratados de Maastricht, Ámsterdam, Niza y Lisboa a asegurar un alto nivel de protección de los derechos fundamentales a nivel de la Unión (artículo 6, apartado 2 TUE; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).[271]

D. *Actuación* ultra vires

Repetidamente ha sido objeto de discusión el cumplimiento de las competencias asignadas a los órganos de la UE, léase el alcan-

264 Nergelius, IPE, § 22, margs. 15 ss., 24, quien observa con asombro que la tutela constitucional nunca jugó un papel especial en Suecia.

265 STC 64/1991; DTC 1/2004; López Castillo, IPE, § 24, margs. 57, 61 s.

266 Sonnevend, IPE, § 25, margs. 24, 29.

267 CC núm. 92-308 DC del 9.4.1992, EuGRZ 1993, p. 187 – *Maastricht I*.

268 CC núm. 2004-505 DC del 19.11.2004, EuGRZ 2005, p. 45 – *VVE*.

269 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 31.

270 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 35 s.

271 Evaluación positiva de la doctrina "controlimiti" en Panara, IPE, § 18, marg. 57.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ce del "Programa de integración" (artículo 5 Tratado de la UE, artículo 5 apartado 1 Tratado de la CE, artículo I-11 apartado 1 TCE). Sin embargo, la cuestión sólo alcanza verdadera relevancia constitucional cuando el TJCE, llamado a controlar la competencia de los órganos de la UE (artículo 220, 230 apartado 2 CE), permite actos jurídicos que se extralimitan, o bien que actúa por sí mismo *ultra vires*.

Los tribunales (constitucionales) de los Estados miembros se consideran facultados para negar el reconocimiento de aquellos actos de los órganos de la UE que ignoren el "programa de integración", es decir, que puedan ser calificados como *ultra vires*. También en este caso esta forma de alcanzar la estatalidad abierta —formulada de manera muy concisa en la sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional Federal alemán—[272] ha encontrado numerosos partidarios, como la decisión Maastricht del Højesteret danés y la legislación sueca[273] y húngara[274] relativa al proceso de integración.

En toda la historia de la integración europea, que ya alcanza medio siglo, esta reserva sólo se ha concretado en una oportunidad, cuando tanto el Tribunal Federal de Hacienda alemán como el Conseil d'Etat francés se negaron a cumplir con la jurisprudencia del TJCE sobre la aplicabilidad inmediata de normas[275] injustamente, como se sabe hoy.[276] Por lo demás, los tribunales nacionales nunca han fallado en favor de una actuación *ultra vires* de órganos de la UE. Esto obviamente no significa que esa reserva no sea efectiva. El solo hecho de que la mayoría de los tribunales (constitucionales) nacionales asuma para sí la facultad de medir una actuación *ultra vires* del TJCE (con el patrón de su propio derecho nacional) lleva a este último a evitar tales conflictos. Así, el TJCE respetó la prohibición de abortar establecida en la Cons-

272 BVerfGE 89, 155, 188, 195, 210 – *Maastricht*.

273 Nergelius, IPE, § 22, marg. 21.

274 Sonnevend, IPE, § 25, marg. 24 s.

275 Sentando bases TJCE, sentencia 41/74, repertorio 1974, 1337 – *van Duyn*.

276 Pero véase BVerfGE 75, 223, 240 – *6. UStRiL*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

titución irlandesa esgrimiendo argumentos más bien dubitativos en cuanto al derecho europeo.[277] Respecto a Alemania, el TJCE calificó como contraria a la directiva 76/207/CEE la prohibición dirigida a las mujeres de servir a las fuerzas armadas prevista en la Ley Fundamental hasta el año 2000 (artículo 12a, apartado 4, párrafo 2), siendo suprimida una vez que el abogado general argumentó que esta prohibición no se encontraba amparada dentro del contenido intangible de la Ley Fundamental conforme a lo dispuesto en el artículo 79, apartado 3, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.

E. *Otros*

Finalmente, en muchos Estados miembros adquieren relevancia ciertas garantías constitucionales directamente conectadas con la identidad nacional, cuya "europeización" puede resultar conflictiva. Así, por ejemplo, en el caso de Grecia cabe citar como cuestiones potencialmente conflictivas con respecto a la integración: la limitación de la retroactividad de las leyes tributarias (artículo 78, apartado 2 de la Constitución),[278] los derechos fundamentales,[279] el principio del Estado de derecho, las disposiciones sobre el Banco Central,[280] así como la disposición que prohíbe el reconocimiento de diplomas adquiridos en institutos de educación superior privados (artículo 16 Constitución griega).[281] En Austria, por su parte, cabe citar el *estatuto de neutralidad*,[282] puesto que éste era incompatible con la participación en la po-

277 TJCE, sentencia C-159/90, repertorio 1991, 4685 – *Grogan y otros*

278 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, margs. 30, 34.

279 Acerca de la percepción constitucional de asuntos de protección de la confianza y retroactividad, Huber, P. M., "Die Klarstellungsnovelle zu § 12 MHG im Lichte des Rückwirkungsverbotes", *ZMR*, 1996, pp. 175 y 177.

280 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 30.

281 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 34.

282 Por una posible membresía de Suiza: Keller, IPE, § 23, margs. 27, 32.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

lítica exterior y de seguridad común (PESC).[283] La adhesión de Austria implicó de hecho también la renuncia a su compromiso de neutralidad asumido en 1955.[284] La neutralidad, la regulación del contenido de alcohol marcan el ámbito jurídico-constitucional en los que se produce una situación de conflicto con el derecho de la Unión o bien éste parece bastante improbable.[285] Finalmente puede mencionarse el caso de España, en tanto que se considera insuficiente el rol que desempeña la lengua española como idioma oficial y de trabajo en la UE.[286]

F. *Relevancia práctica de las líneas de conflicto*

A pesar de estas numerosas áreas se aprecia en general cierto agotamiento de los tribunales (constitucionales) nacionales. Visto el reconocimiento de los principios jurídicos constitutivos del espacio jurídico europeo contenidos en el artículo 6, apartados 1 y 2 del TU y teniendo en cuenta el respeto de la identidad nacional de los Estados miembros codificado en el artículo 6, apartado 3 del TUE, tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán[287] como el Tribunal Constitucional[288] español, así como amplios sectores de la doctrina,[289] consideran prácticamente inexistente la posibilidad de un conflicto entre el derecho de la Unión y las garantías constitucionales nacionales. Por eso, una eventual activación de las reservas constitucionales nacionales de los Estados miembros

283 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 37 ss.

284 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 41.

285 Nergelius, IPE, § 22, margs. 46 ss., 54 ss.

286 López Castillo, IPE, § 24 50; véanse también *Huber* (N. p. 23), § 1, marg. 14 ss.; Kahl, W., "Sprache als Kultur- und Rechtsgut", *VVDStRL*, 65 (2006), pp. 386, 417 y ss.; Schübel-Pfister, I., *Sprache und Gemeinschaftsrecht*, 2004.

287 BVerfGE 102, 147, 163 y s. –*Bananenmarkt*.

288 Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004 del 13 de diciembre de 2004, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 3. Suplemento del 4 de enero de 2005, p. 5, 19 (II.3).

289 Sommermann, IPE, § 14, marg. 40.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

viene siendo calificada como "poco probable",[290] "hipotética"[291] o meramente "teórica"; hablándose incluso de una *fleet in being* lista para ser pasada a la "reserva".[292]

a. El ámbito de la tutela de los derechos fundamentales

En lo que respecta al ámbito de la tutela de derechos fundamentales, las máximas instancias judiciales nacionales sienten cada vez más alivio, en algunos casos también admisión resignada, sobre el hecho de que los estándares constitucionales relevantes son determinados cada vez más por el TJCE y el TEDH. Adicionalmente, los tribunales se tranquilizan con la esperanza —quizá algo ingenua— de que el déficit aún existente quedaría subsanado con la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y del Tratado de Lisboa.[293] En efecto, el carácter cada vez más preponderante del régimen jurídico del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), incluso para la tutela de derechos fundamentales en la UE, justificaba esta esperanza, como lo demuestra la regulación contenida en el Tratado de Lisboa y los pasos seguidos para la adhesión de la UE al CEDH. Sin embargo, no debe pasarse por alto que las concepciones sobre los derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo continúan siendo muy distintas, incluso en algunos puntos básicos.

En la doctrina se constata que la solidez de la tutela de los derechos fundamentales en la Unión sigue siendo divergente, por más que la mayoría coincide con la jurisprudencia.[294] Sin embargo, en la práctica se trata de una cuestión poco diferenciada: mientras la garantía del principio de igualdad, tanto en lo general como en lo particular, prácticamente no da lugar a objeciones y muchas veces

290 Biernat, IPE, § 21, marg. 48.

291 López Castillo, IPE, § 24, marg. 62.

292 Huber (N. p. 23), p. 204.

293 Sonnevend, IPE, § 25, marg. 29.

294 La opinión –al igual que la jurisprudencia– podría asumir una pacificación suficiente; Panara, IPE, § 18, marg. 35; Nergelius, IPE, § 22, margs. 20 y 34.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

está por encima del nivel nacional, en lo que respecta a los derechos de libertad hasta hoy no ha quedado suficientemente claro si sólo constituyen principios jurídicos generales[295] o si también son derechos de defensa del individuo frente a intervenciones de órganos de la UE que se orientan estrictamente según el principio de proporcionalidad.[296] La constatación de que el TJCE hace valer los derechos fundamentales de la Unión frente a los Estados miembros de modo bastante rígido mientras que, por razones de equilibrio institucional, concede de manera sistemática a los órganos de la Unión un margen de apreciación extremadamente amplio, a partir de un control sólo exigible en el marco de un control de evidencia, también alberga cierto potencial de conflicto y forma parte de las incongruencias que aún persisten en la tutela de los derechos fundamentales en la Unión.

La solución definitiva de esta situación de conflicto tropieza finalmente también con la cuestión relativa al *alcance del carácter vinculante de los derechos fundamentales en la Unión*. Según la jurisprudencia del TJCE, los derechos fundamentales en la Unión rigen "en el ámbito de aplicación del derecho comunitario". Es decir, prácticamente todos los puntos de contacto con el derecho de la Unión y en todas las regulaciones referidas al mercado

295 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 14; Goldsmith, Lord, "The Charter of Rights – A Brake, not an Accelerator", *EHRLR*, 2004, pp. 473 y 475.

296 Coppel, J. y O'Neill, A., "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?", *CMLRev.*, 29 (1992), p. 669; Huber (N. p. 255), p. 517, 520; misma obra (N. p. 110), p. 204; misma obra (N. p. 23), § 8, marg. 66; Selmer, P., *Die Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH* (La garantía del estándar inalienable de los derechos fundamentales por parte del TJCE), 1998, pp. 118 y ss.; Schwarze, J., "Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung" (El surgimiento de un orden constitucional europeo), en la misma obra (N. p. 105), p. 463, 549; Storr, St., "Zur Bonität des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union", *Der Staat*, 36 (1997), p. 547; también Bogdandy, A. v., "Zweierlei Verfassungsrecht", *Der Staat*, 39 (2000), pp. 163 y 180; Schilling, Th., "Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts", *EuGRZ*, 2000, pp. 3 y 31.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

único.[297] Si tenemos en cuenta que toda divergencia entre regulaciones nacionales repercute, al menos mediatamente, sobre las libertades comunitarias, y que el TJCE y los legisladores comunitarios han llevado el derecho de libre circulación del artículo 18 CE al nivel de "libertad fundamental sin mercado",[298] parece claro que prácticamente no hay materia alguna que no caiga dentro del "ámbito de aplicación del derecho comunitario". La consecuencia es que los derechos fundamentales europeos coinciden casi íntegramente con las garantías constitucionales nacionales, lo que — allí donde es menester solucionar conflictos entre derechos fundamentales— también puede llevar a una modificación de soluciones de conflicto ampliamente contrastadas. Desde esta perspectiva, las divergencias entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Caroline v. Hannover*[299] y *Görgülü*[300] podrían ser precursoras de una reforma revolucionaria, sobre todo porque hay varias razones que sugieren que el TJCE adoptará la jurisprudencia de Estrasburgo. Dotada entonces de primacía de aplicación, la impondrá a los Estados miembros.[301]

Ante esta situación, la Convención que elaboró la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) trató de limitar el solapamiento o coincidencia y sus disposiciones están dirigidas a los Estados miembros "únicamente cuando apliquen el

297 TJCE, sent. 5/88, repertorio 1989, 2609 – *Wachauf/Deutschland*; sentencia C-260/89, repertorio 1991, I-2925, 42 ss. – *ERT*; sentencia C-368/95, repertorio 1997, I-3689, 24 – *Familiapress*; Huber (N. p.. 23), § 8, marg. 59; Streinz, R., *Europarecht*, 2005, p. 768.

298 Wollenschläger, F., "Grundfreiheit ohne Markt. Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime" (Libertad fundamental sin mercado. La conformación de la ciudadanía de la Unión Europea en el régimen comunitario de libre circulación), Disert. Tübingen, 2007.

299 CEDH, núm. 59320/00, sentencia del 24 de junio de 2004, Rep. 2004-VI = NJW 2004, p. 2647 – *von Hannover/Deutschland*; BVerfGE 97, 125 – *Caroline von Monaco I*; E 101, 361 – *Caroline von Monaco II*.

300 CEDH, Nr. 74969/01, sentencia del 26 de febrero de 2004, NJW 2004, p. 3397 – *Görgülü/Deutschland*; BVerfGE 111, 307 – *Görgülü*.

301 Sugerido en Nergelius, IPE, § 22, marg. 31.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

derecho de la Unión" (artículo 51, 1, párrafo 2 CDFUE).[302] Con posterioridad, la Convención adoptó esa formulación (artículo II-111, 1, párrafo 2 TCE). No obstante, inmediatamente después de la proclamación de la Carta en la Cumbre de Niza, surgieron los primeros intentos de impedir que tuviera lugar por esta vía cualquier corrección del acervo comunitario. Las explicaciones de la presidencia de la Convención Europea fueron poco claras[303] y la formulación —notablemente más restrictiva en la versión alemana— tampoco parece constituir motivo de corrección para el TJCE.[304]

b. La protección del "programa de integración"

Son pocos los indicios que permiten prever que los tribunales (constitucionales) nacionales actuarán con igual moderación a la hora de controlar el "programa de integración" (la problemática del *ultra vires*).[305] Puesto que aquí están en juego los intereses de la soberanía, del principio de democracia y la "problemática *ultra vires*", nos encontramos aquí ante una cuestión de poder que sólo puede encontrar respuesta bien a favor de la UE o bien a favor de los Estados miembros, por lo que esta situación de tensión no podrá resolverse en el corto o medio plazo.

302 Véase al respecto el artículo 46 Doc. Charte 4316/00 CONVENT 34; Charte 4422/00 CONVENT 45; Huber (N. p. 110), p. 240. La formulación concreta alemana del artículo 51, apartado 1 CDFUE, se retrotrae a una propuesta de formulación del representante del Bundesrat en la Convención; véase Borowsky, M., en Meyer (ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2002, artículo 51, margs. 2 ss., 29 s.; Bernsdorff, N. y Borowsky, M., *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2002, p. 231; Streinz, R., en mismo autor (ed.), *EUV/EGV*, 2003, artículo 51 GR-Charta 9; crít. Brosius-Gersdorf, F., *Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte*, 2005, pp. 48 y ss.; sobre el artículo 111, apartado 2 TCE: Birkinshaw y Künnekke, IPE, § 17, marg. 14.

303 Nota previa a las explicaciones de la presidencia de la Convención, Carta 4473/00, CONVENT 49 del 11 de octubre de 2000 en la versión actualizada por la Presidencia de la Convención europea del 18 de julio de 2003, CONV 828/03.

304 En forma parecida Brosius-Gersdorf (N. p. 301), p. 54 ss.

305 Sonnevend, IPE, § 25, marg. 30.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

6. *La relación de cooperación entre los tribunales (constitucionales) nacionales y de la Unión*

Los tribunales europeos y los nacionales se sitúan en una *relación de cooperación* recíproca. Cuando los tribunales nacionales deben resolver sobre conflictos entre el derecho de la Unión y el derecho (constitucional) nacional, están obligados en virtud del derecho constitucional nacional, pero en todo caso en virtud del derecho de la Unión (artículo 10 TCE) a evitar, en lo posible, un conflicto con el TJCE. En ese sentido, el diálogo entre los jueces es tarea de todos los tribunales, incluidos los constitucionales, quienes con arreglo al artículo 234 del Tratado CE deben dar al TJCE la oportunidad de realizar una interpretación compatible con los requerimientos jurídico-constitucionales mínimos del derecho de la Unión.[306] Esto es algo que deriva ya de la garantía del juez legal, contenida en el artículo 101.1, párrafo 2 de la Ley Fundamental alemana, del artículo 83.2 de la Constitución austriaca[307] y del artículo 24.2 de la Constitución española.[308] Aun así, la mayoría de los tribunales (constitucionales) nacionales no parece dispuesta en estos términos. Mientras la Cámara de los Lores,[309] el Tribunal Constitucional austriaco[310] o el Tribunal Constitucional portugués[311] hacen uso del artículo 234 TCE, el Tribunal Constitucional Federal alemán, el Consejo Constitucional francés,[312] la

306 Nergelius, IPE, § 22, margs. 21, 43 ss. sobre problemas con la aplicación del artículo 234 EG en Suecia; López Castillo, IPE, § 24, marg. 58 hace referencia a la STC 58/2004, que derivó del mandato de tutela judicial efectiva del artículo 24, apartado 1 CE la obligación de dejar sin aplicación el derecho nacional sólo después de una decisión previa del TJCE.

307 VfGH VfSlg. 14390/1995; 14889/1997; Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 52.

308 López Castillo, IPE, § 24, marg. 59.

309 Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 29.

310 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 52.

311 Corte Constitución Portug., Acórdao No. 184/89, *Diario da República* – I serie 1989, 1044; Acórdao No. 163/90, Diario da República – II serie, 1991, 10430.

312 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 27.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Corte Constitucional italiana[313] y quizá el Tribunal Constitucional húngaro,[314] invocando su particular función en la estructura de la jurisprudencia de los respectivos Estados miembros y haciendo referencia a su limitado parámetro de verificación, no se consideran concernidos por la previsión de dicho artículo 234 TCE. Esa postura es criticada con razón, pues impide una cooperación efectiva y transparente para los que buscan justicia.[315]

Por el contrario, velar por los requerimientos jurídico-constitucionales de la integración es asunto que corresponde a los tribunales (constitucionales) nacionales. Sin embargo, desde hace algún tiempo el Consejo Constitucional deriva de los artículos 55 y 88-1 de la Constitución francesa obligaciones de aplicación e implementación, por lo que también le corresponde decidir sobre la compatibilidad entre el derecho nacional y el de la Unión. Puesto que el Consejo rehúsa plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE conforme al artículo 234, el conflicto está prácticamente garantizado.[316] Prueba de ello es el caso italiano, donde la Corte Constitucional inicialmente había comenzado reclamando para sí un monopolio de rechazo respecto de todas las leyes nacionales que contraviniesen el derecho de la Unión, habiendo renunciado posteriormente en su tránsito por el *cammino communitario*.[317] El nuevo artículo 117.1 incorporado a la Constitución italiana en 2001, que hace de la observancia del derecho de la Unión una obligación constitucional para el legislador italiano, puede llevar a un resurgir de estos conflictos que se pensaban superados y presionar a la Corte Constitucional a asumir una vez más el papel de "árbi-

313 Panara, IPE, § 18, marg. 32.

314 Sonnevend, IPE, § 25, marg. 39.

315 Panara, IPE, § 18, marg. 33.

316 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 27.

317 Corte Costituzionale Sent. núm. 183 del 27 de diciembre de 1973, Giur. Cost. 1973, 2401 (2414) – *Frontini*; Panara, § 18 17 s., 20. El "cammino comunitario" se refiere al monopolio de rechazo de la Corte Costituzionale, pero concierne en forma mediata también al patrón de verificación jurídico-material.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tro" entre el derecho de la Unión y el derecho nacional.[318] Sin embargo, en la medida en que realmente sea función de los tribunales (constitucionales) nacionales imponer los límites constitucionales específicos de la integración frente a la primacía de apreciación del derecho de la Unión, así como el rechazo de actuaciones *ultra vires* de los órganos de la UE en los respectivos Estados miembros, en su decisión última estos tribunales tendrán que limitarse a un patrón de discrecionalidad y notoriedad.[319] Este es el sentido de la lectura alemana del "Programa de integración",[320] del capítulo 11 § 14 de la forma de gobierno sueca ("evidentemente"), así como de la jurisprudencia del Højesteret danés.[321]

7. *Reformas constitucionales provocadas por el derecho de la Unión*

En los casos en los que el derecho constitucional nacional se encuentra en contradicción con el derecho de la Unión, los tribunales (constitucionales) normalmente exigen una reforma constitucional previa. Así, el Consejo Constitucional francés exige modificaciones de la Constitución en los casos de alteración expresa de la estructura nacional de poderes, como cuando se reconocen facultades especiales al Parlamento,[322] en caso de vulneración de las *conditions essentielles d'exercise de la souveraineté nationale* a consecuencia de la transferencia de derechos de soberanía sustanciales, en el caso del paso a decisiones por mayoría, o finalmente cuando se producen limitaciones a las garantías nacionales

318 Panara, IPE, § 18, marg. 42 habla del papel de la *Corte costituzionale* como árbitro.

319 Huber (N. p. 110), p. 231.

320 *Idem*.

321 Højesteret, sentencia del 6.4.1998 – I 361/1997, EuGRZ 1999, pp. 49, 52 y 96.

322 CC núm. 2004-505 DC del 19.11.2004, EuGRZ 2005, p. 45 – TCE sobre artículo IV-444 TCE.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de los derechos fundamentales.[323] La creación de la UEM y las políticas comunes de visado y asilo debieron encontrar reflejo en la Constitución francesa de la misma manera (artículo 88-2 CF) en que debió tenerlo el derecho de los extranjeros a participar en las elecciones municipales (artículo 88-3 CF)[324] o como la comunitarización de tales políticas por el Tratado Constitucional, que hasta ahora formaban parte del tercer pilar de la UE. Irlanda sigue un sistema similar, como también Alemania,[325] España[326] y Suecia,[327] quienes han procedido a reformas constitucionales provocadas por el derecho de la integración. El Tribunal Constitucional polaco,[328] de modo comparable, ha dirigido la misma exigencia con ocasión de la incorporación de la Decisión Marco sobre la Orden de Detención y Entrega Europea (euroorden), y en Hungría se modificaron las disposiciones constitucionales sobre el Banco Nacional (§ 32/D Constitución húngara), la ampliación del derecho del sufragio en las elecciones locales (§ 70.2 y 4 Constitución húngara) y las facultades de control del Parlamento frente al gobierno (§ 35/A Constitución húngara).[329] Incluso en Holanda, donde el artículo 91.3 del Grondwet exige una mayoría de dos tercios para la aprobación de tratados que contradigan la Constitución (la misma exigida para la reforma constitucional)[330]

323 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 29 ss.

324 CC núm. 92-308 DC del 9.4.1992, EuGRZ 1993, p. 187 – *Maastricht I*; núm. 98-400 DC del 20 de mayo 1998, Rec. Cons. Constitución, p. 251 – *Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales*.

325 Artículo 16, apartado 2, párrafo 2; artículo 28, apartado 1, párrafo 2; artículo 88, apartado 2 de la Constitución alemana.

326 Artículo 13, apartado 2 CE; DTC 108/1992 del 1.7.1992, EuGRZ 1993, p. 285 – *Maastricht*.

327 Nergelius, IPE, § 22, marg. 52.

328 Biernat, IPE, § 21, marg. 48.

329 Sonnevend, IPE, § 25, marg. 20.

330 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 26 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

no ha tenido lugar hasta el momento una modificación constitucional inducida por el derecho de la Unión.[331]

8. *Límites jurídico-constitucionales de la estatalidad abierta*

A. *Generalidades*

La gran mayoría de las Constituciones nacionales contienen prescripciones expresas o implícitas —generadas a través de la jurisprudencia y la doctrina— sobre los límites de la estatalidad abierta. Sin embargo, por dónde discurren tales límites es algo que hasta ahora no ha sido realmente aclarado en ningún Estado miembro.[332] En el caso de Alemania, el Tribunal Constitucional Federal en una larga línea jurisprudencial[333] ha subrayado una y otra vez que la relativización de patrones constitucionales que acompaña a la europeización tiene sus límites. Ya respecto del poder de integración del artículo 24.1 de la Ley Fundamental alemana, vigente hasta 1992, el Tribunal Constitucional Federal había expresado, con ocasión de la transferencia de competencia a instituciones interestatales, que el mismo no lo faculta "para renunciar a la identidad del orden constitucional vigente mediante la intervención en su sistema fundamental, en las estructuras que lo constituyen".[334] La posterior reforma de la Ley Fundamental ha recogido esta jurisprudencia en el artículo 23.1, párrafo 3, disponiendo que en orden a "la Unión Europea y a la modificación de sus bases convencionales, mediante la cual… [la] Constitución sea modificada o complementada en su contenido o se hagan posibles modificaciones o complementos… rigen los apartados 2 y

331 La fuerza direccional de la Constitución neerlandesa es interpretada de manera tan restrictiva que sólo violaciones explícitas a sus disposiciones desencadenan la disposición del artículo 91, apartado 3 Grondwet, concebida como excepción, Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 35.

332 Para una interpretación restrictiva: Sommermann, IPE, § 14, marg. 25.

333 BVerfGE 37, 271 – *Solange I*; E 73, 339 – *Solange II*; E 75, 223 – *6. USt-RiL*; E 80, 74 – *e. A. Fernsehrichtlinie*.

334 BVerfGE 73, 339, 375 ss. – *Solange II*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

3 del artículo 79".[335] En este sentido no pueden ser alterados por el legislador de la integración "la división de la República Federal en *Länder*, la participación fundamental de los *Länder* en la legislación, así como los principios recogidos en los artículos 1 y 20". En otras palabras, los límites impuestos al encargado de reformar la Constitución rigen también frente a los avances de la integración europea. En Grecia, los derechos humanos y los fundamentos del ordenamiento estatal se encuentran protegidos frente a la integración (artículo 28, apartado 2 y 3 CN griega), como también lo están los de la democracia parlamentaria, complementada por rasgos presidenciales (artículo 110.1 de la CN griega), la dignidad humana, el acceso igualitario a cargos públicos, el libre desdoblamiento de la personalidad, la libertad personal o la separación de poderes, establecida en el artículo 28 de la CN. griega.[336] En Dinamarca, el requisito es la condición de Estados soberanos,[337] en Gran Bretaña la soberanía del Parlamento,[338] en Italia y Francia[339] la forma de Estado republicana, en Austria los "principios fundamentales de la Constitución Federal" en la forma que han adquirido mediante la Ley Constitucional sobre el ingreso a la UE.[340] La forma de gobierno sueca, en cambio, señala "los principios relativos a la condición del Estado" como límite para la

335 Para un manejo más bien lúdico de estos límites, véase Schwarze, J., "Ist das Grundgesetz ein Hindernis auf dem Weg nach Europa?", *JZ*, 1999, pp. 637 y 640.

336 Con respecto a los problemas de interpretación, véase Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 41 ss.

337 Corte Suprema de Justicia, Højesteret, sentencia del 6 de abril de 1998, I 361/1997, EuGRZ 1999, p. 49, 52 9.8; Thomas (N. p. 98), p. 879, 898.

338 Acerca de la pregunta sobre si existen principios jurídico-constitucionales que ni siquiera el Parlamento soberano puede suprimir, véase Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 41.

339 Artículo 89 de la Constitución francesa; Flauss (N. p. 105), pp. 25 y 79: "la principe de la souveraineté du peuple français ou/et le principe démocratique ne pourraient être abrogés que par le corps électoral agissant non pas dans le cadre d'un acte de révision constitutionnelle, mais au moyen d'un acte constituant nullifiant la Constitution préexistante".

340 Grabenwarter, IPE, § 20, margs. 34, 55; *Öhlinger* (N. p. 44), p. 165, 179; mismo autor, "Verfassungsrechtliche Aspekte des Vertrages von Amsterdam in

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

integración (capítulo 10 § 5), entre los cuales la doctrina cita el *reglamento sobre la libertad de imprenta*, la *transparencia* y el *acceso a documentos*.[341] En España el Tribunal Constitucional ha reconocido un "núcleo" de "valores y principios" de la Constitución española resistente a la integración, aunque ha dejado abierto su contenido preciso.[342] Sólo Holanda establece un simple obstáculo procedimental para la transferencia de derechos de soberanía (artículo 91.3 Grondwet).

La existencia de límites —muchas veces incluso irreformables— de carácter jurídico-constitucional a la cesión de derechos de soberanía o a la apertura de la estatalidad, desde luego no implica que por causa de ellos se llegue a frenar definitivamente el progreso de la integración europea. Su consecuencia es que los pasos correspondientes ya no se darán sobre la base del derecho constitucional vigente, sino que será necesario —dependiendo del alcance de la apertura— una reforma constitucional o la sustitución de la Constitución vigente por una nueva. Esto último puede causar dificultades considerables, pero no por ello insalvables. Mientras que en algunos casos se procura obviar estas "garantías de eternidad" por medio de una interpretación pro-Europa, una reinterpretación o simplemente dejando de tomarlas en consideración,[343] en Francia tales dificultades no pasan de ser un obstáculo teórico. Si bien el Consejo Constitucional en su resolución *Maastricht II* identificó la existencia de una "garantía de eternidad" en el artículo 89.5 CF que en principio puede ser importante con miras a la integración europea, más tarde la declaró como no justiciable indicando que en el marco de un referendo de reforma de la Constitución es al pueblo a quien corresponde velar

Österreich", en Hummer (ed.), *Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam*, 1998, pp. 297 y ss.

341 Nergelius, IPE, § 22, margs. 19, 34.

342 STC 64/1991; DTC 1/2004; López Castillo, IPE, § 24, margs. 21, 63 ss.

343 Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, margs. 31, 40, 44.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

por los límites de la reforma,[344] lo cual ciertamente desdibuja la distinción entre los *pouvoirs constitués* y el *pouvoir constituant*. La situación sólo está clara en aquellos Estados miembros que conocen la figura del cambio de Constitución, la sustitución constitucional, de la revisión total o de la modificación íntegra.[345] Así, por ejemplo, en Austria, donde la "modificación total de la Constitución Federal" con arreglo al artículo 44.3 de la Ley Federal Constitucional sirve para proteger la identidad nacional frente al legislador de reforma de la Constitución.[346] En el caso de Alemania se impone cada vez con más fuerza la idea de que la Ley Fundamental alemana contiene una solución semejante a la de Austria y de tal modo las afectaciones a la "garantía de eternidad" del artículo 79.3 LF pueden tener lugar a través del plebiscito previsto en el artículo 146 de la LF.[347]

B. *Soberanía, estatalidad y democracia*

Si bien en la mayoría de los Estados europeos la renuncia a la estatalidad mediante la incorporación y subordinación a un Estado federal europeo en el proceso de integración aparece lejano en el tiempo, la conversión de la UE en un Estado es objeto de amplio debate de tal modo que los constitucionalistas nacionales —a diferencia del gremio de los comentaristas—[348] tienen dificultades con esa idea. En este sentido la preservación de la estatalidad en el proceso de integración que avanza constituye una

344 CC núm. 2003-469 DC del 26.3.2003, Rec. Cons. Constitución, p. 293 – *Révision constitutionnelle*; Jouanjan, IPE, § 2, marg. 47.

345 Huber (N. p. 23), § 4, marg. 60 ss.

346 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 35.

347 Huber, P. M., en Sachs (ed.), *GG*, 2003, artículo 146, marg. 7 ss.; Schäuble, W., "Das Grundgesetz zwischen Bestand und Veränderung", en Huber (ed.), *Das Grundgesetz zwischen Bestand und Veränderung*, en imprenta.

348 Para diferenciar entre "communautaristes" y "constitutionnalistes": Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 51.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

preocupación general,[349] mientras que su clasificación jurídico-dogmática es extremadamente heterogénea. En Francia, por ejemplo, muchos *ius publicistas* custionan el carácter constitucional de los tratados (Tratado de la UE, TCE), entendiendo y asumiendo la integración como "política exterior" de un Estado soberano. El núcleo de la cuestión es la defensa del "modelo francés" republicano identificado con el *service public* contra la presión de liberalización europea que llega hasta los límites de la identidad nacional.[350] En Alemania y Austria,[351] en cambio, el asunto es la definición de una identidad nacional entendida de forma jurídico-constitucional. Así, el Tribunal Constitucional Federal alemán dejó expresamente abierto el interrogante acerca de si el artículo 20.1 de la Ley Fundamental —protegido por el artículo 79.3 de la misma— reserva la *estatalidad* de Alemania frente a la integración. La opinión dominante obviamente lo afirma[352] y asume que ni siquiera con una reforma constitucional es posible legitimar la anexión de Alemania a un Estado federal europeo.[353] Al hacerlo, con toda razón se basa en la presunción de que en un Estado nacional —abierto— la Ley Fundamental es la última instancia decisoria vinculante en la cual el pueblo alemán ejerce su derecho a la autodeterminación. Ello presupone, precisamente, aquel mínimo de soberanía jurídico-internacional que no les corresponde a los Estados miembros de un Estado federado, pues ellos en definitiva son —para decirlo con las palabras de J. Isensee— "Estados sin caso de guerra". Sin embargo, la admisibilidad de una "adhesión" a un Estado federado europeo y la existencia de una *prohibición de adhesión* ocupan prácticamente a todos los ordenamientos constitucionales europeos. Aunque con frecuencia

349 España: DTC 1/2004; López Castillo, IPE, § 24, marg. 69; Hungría: Sonnevend, IPE, § 25, marg. 23.

350 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 51 ss.

351 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 35.

352 Grewe, W. G., Auswärtige Gewalt, en Isensee y Kirchhof (eds.), *HStR*, III, 1996, § 77, marg. 75; Calliess, Chr., "Auswärtige Gewalt", *ibidem*, 2006, § 83, marg. 14.

353 Dejado abierto en BVerfGE 89, 155, 188 – *Maastricht*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

menos dogmáticamente explícito, con ello también se subraya el rechazo de una subordinación del orden constitucional respecto a un Estado federal europeo.[354]

Como consecuencia de la prohibición de ingreso, también existe prácticamente un consenso acerca del hecho de que los Estados miembros deben conservar el derecho de retirada unilateral de la UE (tal como reconocía expresamente el artículo I-60 TCE,[355] ahora regulado en el artículo 50 del TEU-Lisboa). Dogmáticamente, este derecho se hace derivar de la garantía de la estatalidad, o del núcleo[356] resistente a la integración del principio democrático concebido a escala nacional.[357] Sólo con un derecho de retirada de ese tipo se podrá decir que el Estado está aún en posición de decidir como responsable último respecto de su propio futuro, de su población y territorio y si aún puede ejercer su derecho a la libre autodeterminación.[358] Privado del derecho de retirada, el Estado no podría librarse de una derrota en las votaciones en los órganos de la UE, ni siquiera en aquellos casos en los que la mayoría vaya en contra de sus intereses elementales.

En lo que respecta a Alemania, el Tribunal Constitucional Federal también ha definido como parte del contenido intangible del principio de democracia la relación de legitimación y de imputación entre el poder público y el pueblo. En otras palabras, que "el ejercicio de tareas y atribuciones públicas… tienen su origen fundamentalmente en el pueblo y por principio se debe rendir cuen-

354 Países Bajos: Wessel/van de Griendt, IPE, § 19, marg. 60 a mi entender; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 17.

355 Italia: Panara, IPE, § 18, marg. 40, con la condición establecida de que en Italia una salida de la UE requeriría de una reforma de la Constitución; Polonia: Biernat, IPE, § 21, margs. 40, 46; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 62.

356 Biernat, IPE, § 21, marg. 40.

357 Véase también BVerfGE 89, 155, 190 – *Maastricht*; Di Fabio (N. p. 44), p. 124; Huber, Maastricht – ein Staatsstreich? (Maastricht – un golpe de Estado) (N. p. 44), p. 40 s.; mismo autor (N. p. 23), § 4, marg. 58.

358 López Castillo, IPE, § 24, marg. 48, habla con miras a España de una "responsabilidad restante" del Estado nacional.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ta de ellas ante éste" (artículo 79.3 de la LF).[359] Ciertamente el Tribunal Constitucional alemán ha admitido el desgaste del principio democrático y de la soberanía popular alemana en relación con el *derecho de sufragio* en el ámbito local en consideración a la especial legitimación constitucional de la integración europea en términos admitidos como compatibles con la previsión del artículo 79.3 de la LF, no obstante declarado que la extensión de este derecho de sufragio a los *Länder* y al Parlamento federal o Bundestag entraría en colisión con el artículo 79.3 de la LF.[360] Se ha puesto con ello un límite definitivo al desarrollo ulterior de la ciudadanía comunitaria (artículo 22 Tratado de la CE), al menos desde la perspectiva alemana.[361]

C. *La cuestión de los "señores de los tratados"*

No sólo según el criterio alemán, los Estados miembros deben ser y seguir siendo —como lo formula el Tribunal Constitucional Federal— "señores de los tratados".[362] En este sentido, el principio de la soberanía del pueblo también descarta la concesión de autonomía constitucional a la UE, es decir, la posibilidad de decidir en forma autónoma sobre su "derecho constitucional" hacia los tratados. Por lo tanto, el artículo 20, apartados 1 y 2 de la Ley Fundamental alemana y garantías comparables parten de la premisa de que al menos el "derecho constitucional comunitario" es legitimado por el elector nacional respectivo.[363] Una faceta de este problema lo constituye la *competencia de competencias*,

359 BVerfGE 89, 155, 182 – *Maastricht*.

360 BVerfGE 83, 37, 59 – kommunales Ausländerwahlrecht SH.

361 Acerca de los límites de la igualdad de los ciudadanos comunitarios, véase *Wollenschläger* (N. p. 297), p. 335 ss.; acerca de su carácter dinámico, véase *idem*, pp. 115 s., 324 s., 357 s.

362 López Castillo, IPE, § 24, marg. 48.

363 *Ibidem*, marg. 25, acerca de la prohibición de la Constitución española de abrir el derecho constituyente a la integración.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

que igualmente debe permanecer con los Estados miembros.[364] El principio de atribución, que aparecía regulado en el artículo I-11, apartado 1, párrafo 1 del Tratado Constitucional,[365] se encuentra actualmente previsto en el artículo 5 del TUE-Lisboa.

Los Estados miembros se están viendo expuestos también a una paulatina *erosión de sus competencias* a causa de la continua ampliación de las competencias individuales de la UE. En tal sentido no solamente se objeta la constitucionalidad de algunas cesiones de competencia sino también el hecho de que cada cesión individual es parte de un proceso a largo plazo que amenaza con minar los fundamentos constitucionales de los Estados miembros. Mientras que por un lado el Tribunal Constitucional Federal alemán exige que las competencias nacionales deberían dominar en la UE, que los Estados miembros deberían seguir siendo centros de decisión democráticamente legítimos y que "una mayoría de funciones y competencias" deberían permanecer en manos de los Estados nacionales, sobre cuyo cumplimiento (para el caso de Alemania) debería decidir en primer término el Parlamento alemán o Bundestag,[366] el Tribunal Constitucional polaco emplea la formulación de que la transferencia de competencias a la UE no debe tocar "el núcleo de los derechos soberanos". Sería el caso, por ejemplo, cuando por ello deje de tener sentido la existencia de un órgano del Estado.[367]

D. *Estructura estatal interna de los Estados miembros*

En Alemania, el artículo 79, apartado 3 de la Ley Fundamental sustrae en tres ocasiones la estructura federal de la capacidad de

364 Sommermann, IPE, § 14, marg. 35; también Nergelius, IPE, § 22, marg. 58; López Castillo, IPE, § 24, marg. 19, tematiza esto como prohibición de desapropiarse de todas las competencias; Sonnevend, IPE, § 25, marg. 24.

365 Sommermann, IPE, § 14, marg. 35.

366 BVerfGE 89, 155, 186 – *Maastricht*.

367 Tribunal Constitucional polaco, sentencia K 18/04, EuR 41 (2006), p. 236; Biernat, IPE, § 21, marg. 17.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

reforma del legislador constitucional: la división de la Federación en Estados federados o *Länder*, su participación por principio en el Poder Legislativo y el principio del Estado federal contenido en el artículo 20, apartado 1 de la Ley Fundamental. Según la jurisprudencia —por supuesto no referida a la UE— esta última exige particularmente que en virtud de la paulatina erosión de competencias los *Länder* no pueden ir cayendo hasta convertirse en "corporaciones territoriales a la máxima potencia", sino que les debe quedar un "núcleo de funciones propias inalienables".[368] Pero también en Austria el principio de estatalidad federal forma parte de las "leyes de construcción de la Constitución Federal", y en Suiza, anticipándose a una posible adhesión, ya se está discutiendo sobre si la condición de Estado miembro en la UE afectaría el "núcleo esencial" del federalismo.[369]

E. *El contenido esencial de los derechos fundamentales*

El "contenido esencial de los derechos fundamentales" o una "tutela constitucional comparable en su esencia" con la Constitución nacional, los "estándares de protección irrenunciables de las garantías constitucionales", los "derechos inviolables del hombre" o la "protección de derechos y libertades" tal como están establecidos en la respectiva Constitución nacional y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en Alemania,[370] Italia,[371]

368 BVerfGE 34, 9, 19 s.; Sommermann, IPE, § 14, marg. 26.

369 Keller, IPE, § 23, marg. 29.

370 BVerfGE 37, 271, 280 ss. – *Solange I*; E 73, 339, 376 – *Solange II*; E 89, 155 – *Maastricht*; E 102, 147, 164 – *Bananenmarkt*; Huber, P. M., "Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung", *AöR*, 116 (1991), pp. 210, 235 y ss.; Dreier, H. (ed.), *GG*, tomo I, 2004, artículo 19 apartado 2, marg. 5; detalles sobre la discusión en Huber (N. p. 23), § 4, marg. 28.

371 Corte Costituzionale, sentencia núm. 183 del 27 de diciembre de 1973 – *Frontini*; Panara, IPE, § 18, marg. 33 ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Polonia,[372] Suecia,[373] España,[374] y otros Estados miembros forman parte de las garantías a prueba de integración de la Constitución nacional. La forma en que éstas se han de determinar en cada caso en particular presenta dificultades sobre todo en aquellos casos en los que —como en Alemania— sólo se exige un estándar de protección reducido.[375] Esto se torna aún más complicado cuando se hace la distinción entre requisitos jurídico-constitucionales "simples" y requisitos constitucionalmente irreformables. Con miras a la situación jurídica alemana es mucho lo que habla en favor de la idea desarrollada por G. Dürig[376] de que casi todo derecho fundamental alberga un contenido relativo a la dignidad humana,[377] que constituye *a su vez el contenido esencial y que pertenece por consiguiente a la categoría de los principios irreformables e inmunes al proceso de integración que contiene el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn*.[378]

III. Derecho constitucional y el CEDH

Por mucho tiempo el CEDH existió a la sombra de las Constituciones nacionales, pues la mayoría de los Estados europeos habían partido del supuesto de que de todos modos la tutela constitucional de los derechos fundamentales estaba muy por enci-

372 Biernat, IPE, § 21, marg. 17.

373 Nergelius, IPE, § 22, marg. 13.

374 López Castillo, IPE, § 24, marg. 69.

375 Sentando bases Streinz, R., Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschafts-recht, 1989.

376 Dürig, G., en Maunz y Dürig (eds.), *GG*, artículo 79, marg. 49.

377 En detalle Huber, en v. Mangoldt y otros (eds.) (N. p. 257), artículo 19 apartado 2, marg. 127 ss.

378 Huber, en v. Mangoldt y otros (eds.) (N. p. 257), artículo 19 Abs. 2 marg. 136 s.; Brenner, A. M., "Möglichkeiten und Grenzen grundrechtsbezogener Verfassungsänderungen, dargestellt anhand der Neuregelung des Asylrechts", *Der Staat*, 32 (1993), S. 493, 507; Geddert-Steinacher, T., *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, 1990, pp. 188 y ss.; crít. Zacharias, D., "Die sog. Ewigkeitsgarantie des Artículo 79 Abs. 3 GG", en Thiel (ed.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, pp. 57, 77 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ma del nivel exigido internacionalmente.[379] Sin embargo, con el tiempo el CEDH ha adquirido un papel clave e imprescindible para el derecho constitucional en el espacio jurídico europeo. Al garantizar a cada uno un estándar constitucional mínimo común frente a todos los Estados europeos e incluso al tender a resguardarlo de posibles erosiones como las derivadas de la transferencia de derechos de soberanía,[380] ha llegado a ser una especie de carta magna del ciudadano europeo que desplaza progresivamente a un segundo plano las garantías constitucionales paralelas existentes a nivel de la Unión y a nivel nacional. Cada vez más, el CEDH sirve también de modelo para los catálogos de derechos fundamentales en Constituciones nacionales más recientes.[381]

1. *La incorporación del CEDH en el orden jurídico nacional (parcial)*

Aunque creado ya en 1950, transcurrió mucho tiempo hasta que el CEDH fuera reconocido sin limitaciones en todos los Estados del espacio jurídico europeo.[382] A causa de la Guerra de Argelia, por un lado, debido a que temía efectos negativos para su soberanía y su radio de acción político, por el otro, pero en parte también por temor a una "perturbación" o incluso una "reducción" de los estándares nacionales de protección, Francia, uno de los Estados signatarios, tardó casi un cuarto de siglo en ratificar el CEDH.[383] No fue sino hasta después de la muerte del presidente gaullista Pompidou, que el presidente del Senado, Alain Poher, quien ejercía como jefe de Estado interino, aprovechó el momen-

379 Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 55; Países Bajos: Wessel/van de Griendt, IPE, § 19, marg. 46.

380 Corte Europea de Derechos Humanos, núm. 24833/94, sentencia del 18 de febrero de 1999, *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (*EuGRZ*) 1999, p. 200 – *Matthews/Reino Unido*.

381 Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 7; Suiza: Keller, IPE, § 23, marg. 61.

382 Suiza: Keller, IPE, § 23, marg. 9.

383 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, margs. 4, 39 ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

to para depositar el acta de ratificación. La demanda individual apenas fue admitida en 1981,[384] en Grecia lo fue sólo en 1985.[385] En lo que respecta al CEDH, Gran Bretaña, que sigue el modelo dualista, se limitó a asumir las obligaciones de derecho internacional a finales del siglo XX, aunque se abstuvo de incorporarlas al derecho nacional. Eso cambió sólo con el Human Rights Act 1998 (HRA 1998), que finalmente también hace posible la demanda individual ante el TEDH.[386] Sin embargo, varios Estados manifestaron reservas, entre ellos Alemania, por ejemplo, a la así llamada Cláusula de Nuremberg en el artículo 7, apartado 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,[387] mientras que el HRA 1998 en Gran Bretaña sólo incorporó una parte del mismo, si bien la parte esencial.[388]

La incorporación del Convenio Europeo de los Derechos Humanos al orden constitucional nacional varía sustancialmente de país a país. En algunos países, sobre todo en Austria, tiene vigencia con rango constitucional desde 1964,[389] lo que trajo como consecuencia que el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo prácticamente han desplazado los derechos fundamentales austriacos originarios de la Ley Fundamental del Estado de 1867.[390] En Italia, el artículo 117 apartado 1 incorporado a la Constitución italiana concedió a los tratados internacionales —y con ello también al CEDH— rango constitucional, lo que trajo como consecuencia que cualquier violación del legislador sólo podría ser determinada por la Corte Costituzionale.[391] También en Gran Bretaña —si es que se admite la jerarquización fáctica de las

384 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 41.

385 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 47.

386 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 46 y s.

387 BVerfGE 95, 96, 134 s. – *Mauerschützen*.

388 Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 49 y s.

389 *Gaceta Federal* [Austria] 1964/59.

390 Grabenwarter, IPE, § 20, margs. 59, 68.

391 Panara, IPE, § 18, marg. 60. Sin embargo, está por verse hasta qué punto la Corte Costituzionale seguirá esta interpretación.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

leyes británicas—[392] el CEDH ha adquirido una especie de calidad constitucional material, en la medida en que sus estipulaciones sean coincidentes con las del HRA 1998.

No obstante, la mayoría de los Estados europeos concede al CEDH el mismo rango que a otros tratados internacionales. Por eso en Francia (artículo 55 CF), Grecia (artículo 28, apartado 1 Constitución griega), Holanda (artículo 93 s. Grondwet),[393] Polonia,[394] Suiza[395] y Hungría[396] precede a las leyes nacionales, posee "una autoridad superior que la de las leyes nacionales",[397] mientras que en Alemania (artículo 59, apartado 2 Ley Fundamental alemana),[398] en Gran Bretaña[399] y en Suecia[400] sólo posee el rango de una ley simple.

Es obvio que la importancia del CEDH y del TEDH para el derecho constitucional nacional es particularmente alta en aquellos países donde aquél tiene rango constitucional. Por ello en Austria, conjuntamente con los protocolos adicionales, no solamente constituye el "núcleo del acervo constitucional de derechos fundamentales".[401] Como el derecho constitucional austriaco no conoce el "recurso de inconstitucionalidad de sentencia", el CEDH es también el único canon de constitucionalidad de las sentencias emanadas de los tribunales civiles.[402]

Sin embargo, en aquellos países en los que no goza de rango constitucional, el CEDH se erige paulatinamente en canon

392 Véase al respecto Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 39.

393 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 46.

394 Biernat, IPE, § 21, marg. 54.

395 Keller, IPE, § 23, margs. 57, 61.

396 Sonnevend, IPE, § 25, marg. 40 ss.

397 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, margs. 43, 49 s.; Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 48.

398 BVerfGE 111, 307, 317 – *Görgülü*; Sommermann, IPE, § 14, marg. 56.

399 Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 56.

400 Nergelius, IPE, § 22, marg. 64.

401 Grabenwarter, IPE, § 20, margs. 59, 64.

402 *Ibidem*, § 20, marg. 65.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de evaluación de hechos referidos a derechos fundamentales,[403] independientemente de si la vinculación de entes nacionales al CEDH y la jurisprudencia del TEDH obedece a una disposición constitucional o legal o a la formación del derecho por parte de los jueces. En Italia,[404] Holanda (artículos 93 y 94 Grondwet),[405] Polonia (artículo 91, apartado 1 y 2 Constitución polaca),[406] Suecia, Suiza[407] y España[408] el CEDH ha adquirido cada vez más el papel de una "constitución paralela" jurídico-internacional.[409] De esta manera es posible basar directamente en él demandas negativas y de eliminación y el Convenio también constituye la base para reclamaciones por indemnización.[410] Aún más, en todos los países el CEDH sirve de patrón para la interpretación del derecho nacional.[411] Esto es válido para Francia, donde la Cour de Cassation y el Conseil d'Etat por lo general sólo interpretan el derecho nacional a la luz del —en realidad preminente (artículo 55 CF)— CEDH y al hacerlo también toman en consideración el "espíritu" de la jurisprudencia del TEDH,[412] situación que llega al extremo de adop-

403 Un ejemplo impresionante de la anticipación de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se halla en Nergelius, IPE, § 22, marg. 69.

404 Panara, IPE, § 18, marg. 61 y s. Sin embargo, de los tribunales superiores italianos sólo la Corte di Cassazione parte del supuesto de que del CEDH se pueden derivar en forma inmediata derechos de los ciudadanos, es decir, que no hay mediatización a través del derecho nacional.

405 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, margs. 49 y ss.

406 Biernat, IPE, § 21, marg. 55.

407 Keller, IPE, § 23, margs. 50 y 64.

408 López Castillo, IPE, § 24, margs. 86 y ss.

409 En las jurisprudencias de Italia, Polonia y Suecia aún no ha quedado definitivamente claro hasta qué punto puede constituir el CEDH en forma inmediata la base para reclamaciones de los ciudadanos contra el Estado.

410 Nergelius, IPE, § 22, marg. 68.

411 Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 55; Suecia: Nergelius, IPE, § 22, marg. 62.

412 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 44 ss. Con ejemplos de la influencia del artículo 6 CEDH sobre los códigos de Procesamiento Civil y Penal, así como el procedimiento ante los tribunales profesionales, del artículo 8 CEDH sobre el artículo 9 del Código Civil, del artículo 3 CEDH sobre el procedimiento de expulsión con puesta en la frontera.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tar por parte del Conseil d'Etat la prohibición para las escolares de llevar el velo islámico —decisión *Leyla Sahin/Turquía*—.[413] Sin embargo, también es válido para la mayoría de la jurisprudencia en Italia, Polonia o Hungría.[414]

2. *Importancia del CEDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para el derecho constitucional nacional*

En mayor o menor grado, al interpretar el derecho nacional, examinando la relación entre las garantías de derechos fundamentales de las Constituciones nacionales y el CEDH, hoy en día se puede comprobar una *interpretación conforme con los derechos humanos* que el CEDH y la jurisprudencia del TEDH toman en consideración. Algunas Constituciones —por ejemplo artículo 10, apartado 2 de la CE[415] o artículo 10 de la Constitución de Rumania— incluso establecen expresamente el mandato de una interpretación de los derechos fundamentales nacionales "conforme con los derechos humanos". Mientras que en los Estados miembros de la UE hasta entrados los años noventa se partía mayoritariamente del supuesto de que el nivel de protección alcanzado por la respectiva Constitución nacional era tan superior al estándar (mínimo) del CEDH que éste carecía de importancia práctica, mientras tanto los tribunales (constitucionales) subrayan que a la luz de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la UE —y eso significa a la luz del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH— los derechos fundamentales de la Constitución nacional siempre que sea posible deberán interpretarse de manera "conforme con los derechos humanos".[416] En ese

413 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, margs. 48, 50.

414 Sonnevend, IPE, § 25, marg. 43.

415 López Castillo, IPE, § 24, marg. 72.

416 Alemania: BVerfGE, 358, 370; E 111, 307, 317 s. – *Görgülü*; Sommermann, IPE, § 14, marg. 53 ss.; acerca de las consecuencias procesales, véase Grabenwarter, C., "Europäisches und nationales Verfassungsrecht" (Derecho constitucional europeo y nacional), *VVDStRL*, 60 (2001), p. 290, 306; Italia:

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

sentido también el Conseil Constitutionnel considera al CEDH como "fuente de inspiración",[417] mientras que en Gran Bretaña ya se había impuesto una interpretación conforme del *common law* antes de la promulgación del HRA 1998.[418] El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, lo considera "criterio de interpretación valioso para confirmar el sentido y el alcance del derecho fundamental concreto reconocido por nuestra Constitución".[419] Aun cuando de esta interpretación conforme —fundamentado en Alemania en el artículo 1, apartado 2 de la Ley Fundamental alemana, en Grecia en el artículo 2, apartado 2 de la Constitución griega—[420] no resulta una primacía del CEDH y de su concreción por parte del TEDH sobre la Constitución nacional, al final ciertamente conduce a un creciente paralelismo de los estándares de protección de los derechos fundamentales a nivel europeo y nacional.[421]

Mientras que la salvaguarda de los derechos fundamentales del CEDH va más allá que la Constitución griega,[422] del HRA 1998 o también de la forma de gobierno de Suecia[423] y por lo tanto las complementa, aquellos Estados que disponen de un estándar de derechos fundamentales reconocido y comprobado debieron constatar con sorpresa en los últimos años, que la influencia del CEDH y del TEDH también puede obligarles a efectuar correcciones en la parte dogmática de su Constitución nacional. Sobre todo en el caso de relaciones multipolares entre derechos fundamentales puede llegarse a modificaciones de las formas de solución de conflictos vigentes hasta ahora en la relación entre los

Panara, IPE, § 18, marg. 62 ss.; Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 56; Hungría: Sonnevend, IPE, § 25, marg. 43.

417 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, margs. 48, 50.

418 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, margs. 42 ss., 49.

419 STC 292/2000; López Castillo, IPE, § 24, marg. 76.

420 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 52.

421 Véase también López Castillo, IPE, § 24, marg. 74.

422 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, margs. 53, 56.

423 Nergelius, IPE, § 22, marg. 66.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

derechos de la personalidad y las libertades de comunicación,[424] en colisiones entre el bienestar del niño y el derecho de custodia de los padres[425] y en el futuro probablemente en la evaluación del ordenamiento dual del espacio radioeléctrico y la posición de la que disfrutan los entes públicos de radio y televisión.[426] En ese sentido, el Tibunal Constitucional Federal alemán exige a los jueces especializados una ponderación entre la vinculación con la jurisprudencia del TEDH y las consecuencias que ello podría acarrear para áreas codificadas del derecho.[427] Suecia ha tenido una experiencia comparable: a pesar de que al ratificar el CEDH, el gobierno consideró prácticamente imposibles los conflictos con el derecho sueco, posteriormente han surgido una serie de áreas de fricción.

Los Estados europeos tienen problemas principalmente con el *derecho a un proceso equitativo y sin dilaciones indebidas* del artículo 6 del CEDH. Es de hacer notar que la conformación institucional de la tutela judicial efectiva a través de tribunales independientes ha sido y es deficitaria en una serie de Estados miembros. En este sentido Gran Bretaña,[428] Holanda ,[429] Austria[430] y

424 Corte Europea de Derechos Humanos, núm. 59320/00, sentencia del 24 de junio de 2004, rep. 2004-VI = NJW 2004, p. 2647 – *von Hannover/Deutschland*; BVerfGE 97, 125 – *Caroline von Monaco I*; E 101, 361 –*Caroline von Monaco II*.

425 Corte Europea de Derechos Humanos, núm. 74969/01, sentencia del 26 de febrero de 2004, NJW 2004, p. 3397 –*Görgülü/ Deutschland*; BVerfGE 111, 307 – *Görgülü*.

426 Huber, P. M., "Das bayerische Rundfunkmodell im Lichte seiner verfassungs- und unionsrechtlichen Rahmenbedingungen", *BayVBl.*, 2004, pp. 609 y 616; Sommermann, IPE, § 14, marg. 60. Para el derecho civil austriaco esto ya rige por el solo hecho de que, a falta de un recurso de inconstitucionalidad de sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aquí es una especie de "Tribunal Constitucional sustitutivo", Grabenwarter, IPE,§ 20, marg. 65.

427 BVerfGE 111, 307, 319 – *Görgülü*; E 112, 1, 25 – *SBZ-Enteignungen*.

428 Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 61.

429 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 53 s.

430 Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 67 acerca del alcance del control del Tribunal Contencioso-Administrativo de Austria.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Suecia presentaron deficiencias sustanciales —es decir, de origen histórico— que condujeron a medidas de reorganización de largo alcance. Además, prácticamente todos los Estados europeos adolecen de deficiencias más o menos graves en cuanto a dilaciones indebidas en la tutela judicial.[431]

3. *El CEDH y el espacio jurídico europeo*

A pesar de que el Consejo de Europa y el TEDH —a diferencia de la UE y el TJCE— no son entes "supranacionales" a los cuales los Estados miembros transfieren el ejercicio de derechos de soberanía frente a los ciudadanos, es decir, como sólo se trata de relaciones jurídicas de derecho internacional público entre los Estados signatarios de la Convención y de relaciones jurídicas de derecho público entre Estado y ciudadano, la jurisprudencia del TEDH ha ganado sustancialmente en poder de penetración durante los últimos años. A ello contribuye, sobre todo, la posibilidad de la demanda individual (artículo 34 CEDH) introducida en los años noventa, de la que los ciudadanos de Europa están haciendo uso en tal medida, que el TEDH amenaza de colapso bajo la avalancha de demandas.[432] Pero también contribuye a ello el hecho de que el TJCE se oriente minuciosamente con la jurisprudencia del TEDH. A pesar de que inicialmente impidió el ingreso de la UE al CEDH,[433] después de 1974 basó la totalidad de su jurisprudencia relativa a la protección de los derechos fundamentales (artículo 6, apartado 2 UE) de forma determinante en el CEDH y en la jurisprudencia del TEDH que la concretiza, estando dispuesta

431 Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 57; Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 57 haciendo referencia a Corte Europea de Derechos Humanos, núm. 30210/96, sentencia del 26 de octubre de 2000, rep. 2000-XI – *Kudla/Polen*; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 81.

432 Cifras para Francia: Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 42; para los Países Bajos: Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 46; para Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 57; para España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 79.

433 TJCE, Dictamen 2/94, Slg. 1996, I-1759 – *Gutachten EMRK*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

incluso a corregir su propia jurisprudencia.[434] De esta manera el CEDH participa de forma indirecta[435] también en la primacía del derecho de la Unión. Finalmente, las condiciones distintas imperantes desde 1989-1990 podrían constituir otra razón para su marcha triunfal, la recién ganada franqueza y transparencia de los sistemas constitucionales nacionales de Europa central y del este, la aspiración de esos Estados y también de Turquía por ingresar a la UE y los "criterios de Copenhague"[436] formulados por el Consejo de Europa en junio de 1993 como condición para ello.

En líneas generales, el CEDH y el TEDH tienen un efecto armonizador sobre el derecho constitucional nacional, tanto desde el punto de vista institucional como del material. Así, para Francia se puede comprobar, por ejemplo, que la influencia del CEDH ha elevado el papel de los derechos individuales en el proceso contencioso-administrativo acercándolos a la concepción alemana.[437] El derecho constitucional británico se ve expuesto a una creciente "presión de juridificación"[438] por la influencia del CEDH, lo cual hace que se desdibujen aún más las diferencias existentes con el continente. Especialmente la posibilidad de acogerse a los derechos del CEDH ante cualquier tribunal creado con el HRA 1998 no sólo ha cambiado la posición del individuo frente al poder público, sino también la postura de los tribunales frente al legislador. Los tribunales superiores británicos hoy en día tienen la posibilidad de la llamada *Declaration of Incompatibility*,[439] que si bien no da pie para un derecho de desestimación, sí trae consigo

434 Compare en TJCE, Res. Conj. 46/87 y 222/88, Repertorio 1989, 2859, 17 s. – *Hoechst/Kommission*, frente a Res. C-94/00, Slg. 2002, I-9011, 29 – *Roquette Frères*.

435 Acerca de esta discusión en Grecia, véase Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 49.

436 Conclusiones del Consejo de Europa de Copenhague, Bol. CE 6/1993, p. 13; *Chr. Calliess*, en: Calliess/Ruffert (eds.), Verfassung der Europäischen Union, 2006, artículo I-1, marg. 56.

437 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 48.

438 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 61.

439 *Ibidem*, margs. 51 y ss., esp. 58.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

una modificación acelerada de la ley. Esto es válido en forma parecida para Holanda, donde a los tribunales tampoco les asiste un derecho de revisión en cuanto a la constitucionalidad de las leyes (artículo 120 Grondwet), pero sí la facultad de imponer la primacía del CEDH sobre la Constitución.[440] Asimismo, en Suecia y en Suiza,[441] que no conocen el derecho de revisión y de desestimación de los tribunales en cuanto a las leyes federales, la invocación del CEDH finalmente abre a los tribunales competentes un significativo aumento de su competencia.

Desde el punto de vista material, el examen trifásico de las violaciones de derechos humanos que practica el TEDH apoyándose en la dogmática jurídica alemana de los derechos fundamentales,[442] ha relegado filigranas jurídicas nacionales (desarrolladas con el tiempo) a un segundo plano. Esa estructura relativamente clara tiene la incalculable ventaja de ser susceptible de ser adoptada en la totalidad del espacio jurídico europeo. Eso no debería perderse de vista en el desarrollo de nuevos enfoques en la jurisdicción (constitucional) nacional. Sobre todo, el Tribunal Constitucional Federal alemán desde hace tiempo corre el peligro de alejarse y aislarse del acervo común europeo.[443]

440 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 52.

441 Keller, IPE, § 23, marg. 63 con miras al control de leyes federales por parte del Tribunal Federal.

442 Acerca de la influencia de los jueces británicos, véase Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 62 s.

443 Véase por ejemplo BVerfGE 102, 197 y ss. – *Spielbanken BW*; E 105, 252 y ss. – *Glykol*; E 105, 279 ss. – *Osho*; Tribunal Constitucional Federal, resolución del 13 de junio de 2006, 1 BvR 1160/03 = NJW 2006, p. 3701 – Adjudicación de órdenes por debajo de los valores límites; Hoffmann-Riem, W., "Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch", *AöR*, 130 (2005), pp. 5 y ss.; crít. Huber, P. M., "Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe", *JZ*, 2003, p. 290; Kahl, W., "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt", *Der Staat*, 43 (2004), p. 167; del mismo autor, "Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik", *AöR*, 131 (2006), p. 579.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

IV. Concepción jurídico-constitucional de la Constitución nacional integrada según la perspectiva europea

Con el avance de la integración y ampliación de la CE y a la UE, que hasta ahora han proporcionado a todos los Estados miembros tanto paz como consolidación política, jurídico-estatal y económica, los intereses específicos de los Estados miembros pasan cada vez más a un segundo plano. Mientras tanto, la federación de Estados y Constituciones de la UE —en algunos aspectos esto es válido también para el espacio jurídico europeo más allá de la Unión— se ha convertido en el marco regulatorio dentro del cual los Estados nacionales de Europa conservan su identidad nacional (artículo 6, apartado 3 UE / artículo I-5 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa —TCE— y ahora en el artículo 4.2 TUE-Lisboa) al tiempo que las estructuras de los Estados nacionales pueden trascender allí donde ello sea necesario en el interés de la paz, la libertad, la justicia social y solidaridad, la sostenibilidad ecológica y la autoafirmación internacional en el proceso de globalización.[444] En dicho sentido, el interés nacional determina el tipo y la magnitud de la participación en la UE y demás instituciones de la integración europea.[445]

1. *"Derecho constitucional europeo" nacional como fundamento del espacio jurídico europeo*

La disposición de los Estados nacionales europeos a abrir su ordenamiento jurídico a la influencia del derecho internacional público, al derecho y los actos jurídicos de organizaciones internacionales y supranacionales, así como a los actos de otros Estados y a prescindir —en distinta medida— del requerimiento de

444 Huber (N. p. 23), § 6, marg. 16; del mismo autor (N. p. 110), pp. 194, 240 y ss.; España: López Castillo, IPE, § 24, margs. 32, 36 s.

445 Tan explícito para el Consejo Federal Suizo, Keller, IPE, § 23, marg. 45.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

una transformación, constituye condición *sine qua non* para la estabilidad y funcionalidad de la UE y del espacio jurídico europeo.

Mientras tanto, todas las Constituciones de los Estados miembros de la UE contienen cláusulas de apertura en favor de la integración europea, de modo que la existencia de ese *derecho constitucional europeo nacional*[446] y, en asociación con éste, la aceptación de una extensa relativización de las decisiones fundamentales, valoraciones y modelos de resolución de conflictos propios pueden considerarse parte de los principios generales de derecho, comunes a todos los Estados miembros de la UE.[447]

A la inversa, los Estados de Europa continúan siendo en su esencia Estados nacionales autosuficientes.[448] Esa condición no ha sido alterada ni por la adopción de nuevas y extensas cláusulas de integración como el artículo 23 de la Ley Fundamental alemana ni por la aceptación general del acervo comunitario a través de la reforma constitucional aprobada en Grecia en 2001. Ni siquiera el intento en Francia de asegurar de forma global la participación en la UE bajo las condiciones del TCE en un refundido artículo 88-1 de la CF ha aportado algo absolutamente nuevo.[449] La "lealtad a la identidad nacional", el "rechazo de un Estado federal europeo" [450] y la "defensa de la soberanía nacional"[451] siguen siendo aspectos centrales en el discurso jurídico-constitucional europeo. Esta circunstancia de los Estados nacionales abiertos como base de la UE

446 Häberle, P., "Gemeineuropäisches Verfassungsrecht und 'Verfassung' der EG", en Schwarze (ed.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas*, 1998, p. 11, 18 s.

447 Huber (N. p. 23), § 4, marg. 1; Austria: Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 76; López Castillo, IPE, § 24, marg. 90, quien habla acertadamente de una "abierta disonancia".

448 Para Alemania, Huber, P. M., "Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?", dictamen D para el 65o. DJT, 2004, D 31; para Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 62.

449 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 14.

450 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 73.

451 Haguenau-Moizard, IPE, § 15, margs. 1 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

y del espacio jurídico europeo, justifica el mirarlas y dirigirlas[452] *también* a través de la lente del derecho constitucional nacional.

El derecho constitucional nacional constituye en un principio la reserva de recepción *más importante* para el derecho público común europeo en general y el derecho de la Unión en particular. Esto último se pone de manifiesto en el artículo 6, apartados 1 y 2 UE, que para los principios de democracia, Estado de derecho y derechos fundamentales refieren a los principios comunes a todos los Estados miembros así como a la responsabilidad del Estado establecida en el artículo 288, subinciso 2 del Tratado CE. Pero también es sustentado por la jurisprudencia del TJCE, que no sólo ha extraído la mayoría de los derechos fundamentales,[453] sino también los principios de proporcionalidad, de protección de la confianza,[454] de la seguridad jurídica o de la buena administración[455] de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros.

2. *Derecho constitucional europeo y nacional como ordenamientos de absorción recíproca*

A. *Unión Europea*

Por una parte, el ordenamiento jurídico de la UE se basa en la apertura del derecho constitucional nacional al "programa de integración" que sólo obliga a los Estados miembros a ajustarse a los requisitos de homogeneidad estipulados en el artículo 6 y

452 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 63.

453 EuG, res. T-119/95, Slg. 1979, 3727 y ss. – Hauer/Rat und Kommission, donde en el 20 hace referencia al artículo 14 apartado 2 de la Constitución alemana, artículo 43.2.2 cost. y artículo 42 apartado 2 cost., para fundamentar una socialización de la propiedad también para el derecho de la Unión.

454 Acerca de las raíces francesas del principio de irretroactividad, Braibant, G. y Stirn, B., "Le droit administratif français", 2005, pp. 218 y ss.

455 TJCE, Res. Conj. C-174/98 P y C-189/98 P, Slg. 2000, I-1, 29 – *van der Wal/Kommission*; Haibach, G., "Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens", *NVwZ*, 1998, pp. 456, 461 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

siguientes del Tratado de la UE. En este sentido, la condición de Estado miembro en la UE implica el fin de hecho de la autonomía constitucional nacional.[456] Por otra parte, ahí donde el derecho constitucional nacional no permite esa apertura o se abandona el programa de integración aprobado por el mandato de aplicación del derecho nacional, éste se impone frente al derecho de la Unión.[457] Así, en su relación recíproca el derecho de la Unión y el derecho (constitucional) nacional se interactúan y se complementan mutuamente,[458] poseen proporcionalidad complementaria, tienen en cada Estado miembro la función de *ordenamientos de absorción recíproca.*[459] Así, los derechos constitucionales comunitario y nacional son *constituciones complementarias*,[460] partes de una *confederación constitucional multinivel*[461] diseñadas para complementarse mutuamente y reducidas en cada caso al papel de una Constitución parcial.[462] Su unión tiene lugar a través de los tratados. Ubicados en la intersección entre el derecho constitucio-

456 Pernice, I., *Europäisches Verfassungsrecht im Werden*, pp. 25 y 35; Gran Bretaña: Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 67 s.

457 Pernice, I., en Dreier (ed.), *LF*, tomo II, 2006, artículo 23, marg. 30, habla de un "derecho de urgencia" de los Estados miembros.

458 Alemania: *BVerfGE*, 52, pp. 197 y 200. *Vielleicht*; E 73, 339, pp. 367 y ss. *Solange II*; Francia: CC núm. 92-308 DC del 9.4.1992, EuGRZ 1993, pp. 187 y 190. *Maastricht I*: El ordenamiento jurídico de la Unión es un ordenamiento jurídico propio "que, aun cuando está incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros, de todas maneras no forma parte de la estructura institucional de la República francesa"; Italia: Corte Costituzionale, núm. 170/1984, Giur. Cost. 1984, 1099, 1113; No. 389/1989 del 11.7.1989, Rid-DPC 1991, p. 1065, 1068: "tra loro coordinati e communicati".

459 Huber (N. p. 110), p. 227.

460 Pernice (N. p. 455), p. 25, 35; *idem,* (N. p. 456), artículo 23, marg. 20

461 Acerca del término, Pernice (N. p. 455), pp. 25, 26 y ss., 33; *idem,* (N. p. 456), artículo 23, marg. 20; *idem,* (N. p. 234), p. 866, 870; acerca del concepto del "sistema multinivel" empleado en ciencias políticas, véase Morlok, M., "Grundfragen einer Verfassung auf europäischer Ebene", en Häberle y Skouris (eds.), *Staat und Verfassung in Europa*, 2000, pp. 73 y 88.

462 Acerca de la idea de la Constitución como mera "Constitución parcial", véase von Bogdandy (N. p. 295), pp. 163 y 166: "*fragmentarische Ordnung*"; Pernice (N. p. 455), pp. 25, 26 s., 33; Steinberg, R., "Grundgesetz und Europäische Verfassung", *ZRP*, 1999, pp. 365 y 373.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nal nacional y el derecho derivado, e idénticos tanto al derecho originario como a las leyes de aprobación/actas de adhesión de los Estados miembros, éstos se revelan como un instrumento de "acoplamiento estructural"[463] mediante el cual los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros se unen entre sí y se orientan hacia el programa de integración. Con ellos los Estados miembros poseen una Constitución parcial idéntica, y en el derecho de la Unión poseen un ordenamiento jurídico parcial idéntico. Así, sólo cuando se miran conjuntamente, el derecho de la Unión y el derecho (constitucional) nacional se aprecia el ordenamiento jurídico completo de la UE, en el cual —según las palabras del Tribunal Constitucional polaco— el derecho nacional y el comunitario "coexisten bajo el principio de la interpretación amistosa y aplicación cooperativa recíproca".[464] Esto debe considerarse en la interpretación y aplicación tanto del derecho de la Unión como del derecho nacional.

Esta complementariedad material entre el derecho de la Unión y el derecho constitucional nacional obliga tanto a los órganos de la UE como a los de los Estados miembros a cooperar —en la legislación,[465] la administración[466] y la jurisprudencia—.[467] Visto así, el ordenamiento jurídico de la UE es también un *ordenamiento cooperativo*, en el cual los estilos de política, administración y jurisprudencia[468] de los Estados miembros se fecundan mutuamente.

463 Di Fabio (N. p. 44), p. 99; Huber (N. p. 110), p. 209.

464 Tribunal Constitucional polaco, sentencia K 18/04, EuR 41 (2006), p. 236; Biernat, IPE, § 21, marg. 10.

465 Huber (N. p. 23), § 19.

466 *Ibidem*, § 20; Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold (N. p. 235).

467 TJCE Res. 244/80, Slg. 1981, 3045, 14 ss. – *Foglia/Novello II* (en relación con el artículo 234 UE); BVerfGE 89, 155, 175 – *Maastricht*; Huber (N. p. 23), § 21.

468 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 72.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

B. *Espacio jurídico europeo en un sentido más amplio*

Esta búsqueda de un *ordenamiento recíproco de absorción y cooperación* —referido a la UE como comunidad de integración más estrecha e importante— tiene efectos aún más allá de sus fronteras. En última instancia la totalidad del espacio jurídico europeo, aunque con graduaciones sustanciales, está caracterizada por un acervo jurídico común cada vez más denso y una influencia y cooperación recíproca. Los acuerdos de asociación de numerosos terceros Estados con la UE, el concepto suizo del bilateralismo,[469] así como la participación en el régimen del CEDH exigen a cada Estado europeo —desde Suiza hasta Rusia— un mínimo de apertura de su ordenamiento constitucional nacional a la influencia de este derecho constitucional comunitario "vivo" por ser dinámico y un permanente proceso de adaptación. Por otra parte, abren a los involucrados la posibilidad de influir sobre estos patrones y su desarrollo de acuerdo con sus propios intereses.

3. *Resumen*

La apertura a la influencia del derecho supranacional, la inclusión en los Estados europeos y la interconexión constitucional e incluso la incorporación prioritaria de una base jurídica supranacional sobre el ámbito de la Unión así como sobre el derecho de otros Estados caracterizan por lo tanto la Constitución europea integradora nacional. Sin embargo, ninguna de las Constituciones nacionales ha decidido explícitamente sobre este concepto. No obstante hoy en día es la base para la autoridad de derecho público en el espacio jurídico europeo.

469 Keller, IPE, § 23, marg. 19 ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

V. Bibliografía

Anthony, Gordon, *United Kingdom Public Law and European Law: The Dynamics of Legal Integration*, 2002.

Badura, Peter, "Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften", *VVDStRL*, 23 (1966).

Bauer, Hartmut *et al*. (Hg.), *Demokratie in Europa*, 2005.

Bernitz, Ulf, *European Law in Sweden*, 2002.

Birkinshaw, Patrick, *European Public Law*, 2003.

Bogdandy, Armin von, "Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?", *AöR*, 130 (2005).

——— (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2003.

Cananea, Giacinto della, *L'Unione europea*, 2003.

Cartabia, Marta, *Principi inviolabili e integrazione europea*, 1995.

Cottier, Thomas y Kopše, Alwin R. (eds.), *Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union: Brennpunkte und Auswirkungen*, 1998.

Di Fabio, Udo, *Das Recht offener Staaten*, 1998.

Gaudin, Hélène (ed.), *Droit constitutionnel et droit communautaire: vers un respect réciproque mutuel?*, 2001.

Hobe, Stephan, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998.

Huber, Peter M., *Die Rolle der nationalen Parlamente bei der Rechtsetzung der Europäischen Union*, 2001.

———, *Recht der Europäischen Integration*, 2002

Hummer, Waldemar y Schweitzer, Michael (eds.), *Österreich und das Recht der Europäischen Union*, 1996.

López Castillo, Antonio *et al*., *Constitución española y Constitución europea*, 2005.

Maus, Didier (ed.), *La Constitution face à l'Europe*, 2000.

Öhlinger, Theo, *Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union — ausgewählte Abhandlungen*, 1999.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

PERNICE, Ingolf *et al*., "Grabenwarter, Europäisches und nationales Verfassungsrecht", *VVDStRL*, 60 (2001).

SCHWARZE, Jürgen (ed.), *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, 2000.

SELMER, Peter, *Die Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH*, 1998.

STREINZ, Rudolf, *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1989.

TOURARD, Hélène, *L'internationalisation des Constitutions nationales*, 2000.

VOGEL, Klaus, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

EL NUEVO PARADIGMA DE LA APERTURA DE LOS ÓRDENES CONSTITUCIONALES: UNA PERSPECTIVA SUDAMERICANA*

Mariela Morales Antoniazzi**

I. Introducción

El propósito de este ensayo es sistematizar un enfoque renovado de los rasgos propios del fenómeno de apertura constitucional en su doble dimensión, ya que comprende tanto las cláusulas de apertura en materia de derechos humanos[1] como las habilitaciones constitucionales para la integración económica,[2] de modo de precisar los alcances del Estado abierto en América Latina, to-

* Este trabajo es producto de una investigación más amplia, cuyos resultados han sido ya publicados. Véase Morales Antoniazzi, M., "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en von Bogdandy, Armin *et al*. (coords.), Ius constitutionale commune *en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 265-299..

** Abogada *Summa Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, Venezuela. Magíster Legum (LL.M) de la Universidad de Heidelberg, Alemania. Doctora en derecho de la Universidad Goethe de Francfort, Alemania. Referentin para Latinoamérica del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Heidelberg, Alemania.

1 Ayala Corao, C., "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", en Méndez Silva, R. (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*. *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 37-90.

2 En relación al Mercosur, Bazán, V., "La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2009, p. 644.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mando como caso de estudio la región sudamericana. El Estado se inserta en el concierto de la comunidad internacional y por lo tanto con las limitaciones inherentes a esa pertenencia y las que el propio Estado, en decisiones soberanas, ha plasmado mediante la transferencia de competencias en su propio texto constitucional. En la apertura no se ha menoscabado el orden constitucional, sino que ella es producto del mismo. La imagen del Estado abierto implica destacar el cambio de paradigma implícito en el nuevo derecho público del siglo XXI enraizado con la erosión del concepto de soberanía y el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo,[3] como bien se explica en este libro en base al ordenamiento mexicano (José María Serna) y a la Ley Fundamental alemana (Armin von Bogdandy). Las contribuciones de Peter Huber y Aída Torres proyectan la metamorfosis ocurrida en Europa, mientras que Calogero Pizzolo aborda, al igual que se hace en este artículo, la perspectiva latinoamericana.

La revisión de las cláusulas de apertura sudamericanas permite perfilar la heterogeneidad de las fórmulas de recepción constitucional del Estado abierto. Se parte de la tesis de que en Sudamérica se puede identificar un proceso de transformación de las Constituciones que, gracias a la permeabilidad policéntrica y a múltiples velocidades, hace posible la construcción (no lineal) de un *ius constitutionale commune*. La comprensión del Estado abierto trae consigo examinar la configuración convergente y progresiva del constitucionalismo garantista de los derechos humanos y de la integración, no sólo como fin del Estado en favor de la cooperación internacional, sino como miembro de la comunidad internacional, que se somete a ella, en la evolución de un orden jurídico respetuoso de la dignidad humana.[4] Como sostiene Flavia Piovesan, la primacía del valor de la dignidad humana, como paradigma y referencial ético, representa el principio orientador

3 Entre tantos, Bustos, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, 2012, pp. 13 y ss.

4 Respecto a la llamada constitucionalización del derecho internacional, *cfr*. Klabbers, J. *et al*., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

del constitucionalismo estatal, regional y global, dotándolos de especial racionalidad, unidad y coherencia.[5]

Los diez países objetos de estudio, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, son exponentes de la diversidad de fórmulas adoptadas a nivel constitucional para especificar el Estado abierto. Sin pretensión de exhaustividad, este ensayo se estructura en tres aspectos centrales para aproximarse a la dimensionalidad de tal apertura: la contextualización delimitada a tres cuestiones definitorias de la apertura; la conceptualización, para esbozar la noción germánica de estatalidad abierta y la constitucionalización a partir de la categoría temporal, según la entrada en vigencia de los textos constitucionales. A manera de conclusión se ofrecen grandes líneas del acervo del *ius constitutionale commune* construido en Sudamérica.

II. Contextualización del Estado abierto

Una primera cuestión preliminar a resaltar se refiere a la aclaratoria de que en la región, a nivel normativo, se afrontó el desafío de modificar el concepto tradicional de soberanía entendida como poder ilimitado, último e indivisible para gobernar un territorio sin permitir injerencias externas. Con esta transformación de concepto clásico de soberanía,[6] se ha superado la concepción de un Estado cerrado[7] y se constata la pérdida del carácter omnicom-

5 *Cfr*. Piovesan, F., "Direito constitucional, direitos humanos e o direito constitucional internacional", *Caderno de direito constitucional V*, Porto Alegre, 2006, pp. 7 y 8.

6 *Cfr*. Vásquez, A., "Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, 2001, p. 234; Häberle, P. y Kotzur, M. (eds.), *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, 2003. Desde hace más de un década la doctrina alemana se refiere a una situación "flotante" de la soberanía. *Cfr*. Di Fabio, U., *Das Recht offener Staaten*, Tubinga, 1998, p. 94; Oeter, S., "Souveränität – ein überholtes Konzept?" , *Festschrift H. Steinberger*, 2002, pp. 259 y ss.

7 Calliess, C., "60 Jahre Grundgesetz – ein Jubiläum im Lichte der Europäisierung", *AnwBl*, vol. 7, 2009, p. 478.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

prensivo en el ámbito del derecho constitucional. Es un proceso vinculado a la globalización[8] y a la creciente interacción entre el derecho internacional, el supranacional y el constitucional.[9]

Como modelo alternativo al constitucionalismo de base estatal, en el modelo del pluralismo constitucional coexisten un conjunto de ordenamientos jurídicos, en parte separados pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas.[10] Estas propuestas conceptuales forman parte del debate internacional que concibe a esta nueva constelación desde la óptica del pluralismo jurídico.[11] Ello impulsó a repensar la relación entre los distintos órdenes jurídicos en razón de sus interacciones y la consecuente deconstrucción de la pirámide explicativa de la jerarquía normativa,[12] convertida en trapecio para algunos autores.[13] Así emerge una nueva dogmática

8 Carbonell, M., "Globalización y derecho: siete tesis", en Díaz Müller, Luis (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, 2003, pp. 1-16.

9 Sobre la relación de retroalimentación e intercambio continuos entre los derechos nacionales y el derecho internacional, *Cfr*. Fix-Fierro, H. y López Ayllón, S., "El Impacto de la Globalización en la Reforma del Estado y el Derecho en América Latina", *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, 1997, p. 328; Cançado Trindade, A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XX*", Chile, 2006, p. 315.

10 Torres, A., "En defensa del pluralismo constitucional", en Ugartemendía, J. I. y Jáuregui, G. (coords.), *Derecho constitucional europeo,* Valencia, 2011, pp. 155-180; Giulio Itzcovich, "Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts", en *ELJ*, 18 (2012), p. 358 (370).

11 Günther, Klaus, "Rechtspluralismus und universeller Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem", en *FS für Jürgen Habermas*, 2001, p. 539; Griffiths, John, "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 24 (1986), p. 1; para una excelente reseña de los distintos planteamientos véase "*Lars Viellechner*, Cosmopolitan Pluralism as an Approach to Law and Globalisation", en *TLT*, 3 (2012), pp. 461 y ss.

12 *Cfr*. Aguilar Cavallo, G., "El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público", *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 117-154.

13 Pizzolo, C., "Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino", *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

en base a un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal, fenómeno contemporáneo categorizado bajo distintas nociones como "acoplamiento",[14] "redes horizontales de colaboración",[15] "interconstitucionalidad",[16] "metaconstitucionalidad recíproca",[17] influjos y lecturas simultáneas,[18] "*multilevel constitutionalism"*,[19] normativismo supranacional,[20] transconstitucionalismo.[21]

El postulado central compartido por todas las concepciones pluralistas consiste en el rechazo al paradigma de jerarquía como símbolo del orden entre diferentes ordenamientos. El Estado actual está inmerso en la internacionalización de los procesos de creación del derecho, donde confluye un pluralismo de foros de

Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Méndez Silva, Ricardo (coord.), 2002, p. 514.

14 von Bogdandy, A., "Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre derecho internacional y derecho constitucional", en Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, 2010, pp. 407-429 y 409.

15 Pampillo Baliño, J., "The legal integration of the American continent: an invitation to legal science to build a new ius commune", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 17, núm. 3, pp. 517-553 y 519.

16 Gomes Canotilho, J., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2004.

17 Cruz Villalón, P., "El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión", *Une communauté de droit*, 2003, pp. 271-282.

18 Como zona de convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional, véase Nikken, P., "El derecho internacional de los derechos humanos", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 72, Caracas, 1989; Bidart Campos, G. y Herrendorf, D., *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, 1991, pp. 195 y ss.

19 Pernice, I., *Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German Constitution and "multilevel constitutionalism"*, German Rapport to the XV International Congress on Comparative Law, Bristol, 1998, pp. 2-3, citado por Brewer-Carías, A., *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, 1998, p. 18.

20 Gordillo**, A.,** *Derechos humanos*, Buenos Aires, 2005, pp. III y 10.

21 Neves, M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009, pp. 115 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

decisión pública inter, supra y transnacional[22] y los países sudamericanos no son la excepción, pues es incuestionable la recepción cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno.[23] Es cierto que no es lineal, ya que se constata una permeabilidad policéntrica (proveniente de distintas fuentes) y a múltiples velocidades (unos países avanzan más rápidamente que otros), y a la vez son notables ciertas tensiones y conflictos.[24] Particularmente en la época actual, como bien lo reseña José María Serna, hay dos polos para pronunciarse a favor o no de la recepción en el orden interno de los estándares de los otros sistemas normativos de derechos humanos, que pueden distinguirse como las posturas internacionalistas (favorables) y los nacionalistas (resistentes a tal recepción).[25] Sin embargo, a nivel constitucional, se he regulado el cambio de paradigma hacia el Estado abierto.

Una segunda cuestión preliminar conduce a poner de relieve que en Latinoamérica se reconoce una superposición, convivencia y fusión de diversas tradiciones jurídicas.[26] El fenómeno de

22 Torres, A., "¿Se limita o refuerza el poder ejecutivo como consecuencia de la internacionalización de los procesos de producción normativa?*, Seminario SELA, Panel II: Globalización y Poder Ejecutivo*, Bogotá, 2006. Disponible en *http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Aida_Torres.pdf*

23 Ríos Álvarez, L., "El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas", *Revista de Derecho Público*, vol. 66, 2004, pp. 25-59, especialmente p. 40.

24 Matthias Herdegen refiere que la intervención de los órganos regionales de protección de derechos humanos puede incidir hasta de modo masivo en las estructuras fundamentales del derecho interno y ello genera tensiones. Cfr. Herdegen, M., "La internacionalización del orden constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, 2010, p. 75.

25 Serna, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012, p. 243 y ss.

26 Pampillo Baliño, J., *La integración jurídica americana. Reflexiones y propuestas para un nuevo ius commune*, Colombia, 2012, p. 129.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

un orden policéntrico,[27] dominio policéntrico,[28] o policentrismo jurídico[29] no es nuevo,[30] aunque sí presenta elementos novedosos propios en sociedades multiculturales.[31] En los Estados constitucionales sudamericanos se puede comprobar una progresiva codeterminación en la medida en que se influyen más recíprocamente en la incorporación del factor multicultural que los caracteriza,[32] y la Constitución, como orden abierto, cumple una función de inclusión en el seno de las sociedades diversas.[33] Se ha adoptado, formalmente en las Constituciones, un amplio reconocimiento a la característica de la heterogeneidad del Estado en Sudamérica, como por ejemplo cuando se da mayor visibilidad y protección de las comunidades indígenas.

Rodrigo Uprimny plantea que en los cambios constitucionales generados en la nueva era se manifiesta explícitamente esta transformación.[34] Para ilustrarlo, vale citar las recientes Constitucio-

27 Weiler, J. H. H. *et al*., "European Democracy and Its Critique", *The Crisis of Representation in Europe*, Hayward (ed.), Londres, 1995, pp. 4-39, p. 16; Weiler, J. H. H., "European Neo-Constitutionalism", *Search of Foundations for the European Constitutional Order*, 1996, pp. 517-533; Wind, M., "The European Union as a Polycentric Polity: Returning to a Neo-medieval Europe?", Weiler y Wind (eds.), 2003, pp. 103-131, 126 y ss.

28 Di Fabio, U., "Öffentliche Meinung im System polyzentrischer Herrschaft", *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, vol. 7, 2009, pp. 666-682.

29 Díez de Urdanivia, X., *El Estado en el contexto global*, México, 2008.

30 Häberle, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta* (traducción de Emilio Mikunda), Madrid, 2002.

31 Yrigoyen Fajardo, R., "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, p. 139 y ss.

32 Valadés, D., "Prólogo", *El Estado constitucional*, Häberle, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, 2003.

33 Gomes Canotilho, J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, p. 1450.

34 Uprimny, R., "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, pp. 109 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nes de Ecuador y Bolivia. La Constitución de Ecuador de 2008 dedica un capítulo a los "derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades" y establece que las "comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano" (artículo 56) y pasa a enumerar veintiún enunciados contentivos de los derechos colectivos que el Estado ecuatoriano les reconoce y garantiza "de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos" (artículo 57). El Preámbulo de la Constitución de Bolivia de 2009 reza:

> El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

De este modo, el Estado abierto facilita la incorporación de los estándares garantistas de la diversidad.

Una tercera y última cuestión preliminar a resaltar es que en Sudamérica, la internacionalización es entendida principalmente como humanización[35] y se inscribe en la búsqueda de un orden democrático. Gracias al proceso de democratización, la permeabilidad fue la opción consciente y deliberada de los constituyentes nacionales en las cartas fundamentales de los últimos años del siglo XX y la primera década del siglo XXI en doble vía: una, para incorporar al derecho constitucional los atributos y garantías de los derechos asegurados por el derecho internacional convencional de los derechos humanos como estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos nacionales y, otra, para regular la

35 Brewer-Carias, A., *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Nueva York, 2008, pp. 31 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

participación en la integración, que en el caso de análisis es la sudamericana.

Esta vinculación de la permeabilidad dual con la democratización tiene una historia. A fines de la década de los setenta entra en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos (1978) y el sistema interamericano emerge, paradójicamente, en un entorno de marcado autoritarismo, desigualdad social y carencia de una cultura garantista de la triada democracia, Estado de derecho y derechos humanos. La paradoja histórica arrojó, que así como el desafío de la posguerra era la internacionalización de los derechos humanos como herramienta fundamental para desterrar los genocidios, el desafío contemporáneo era la constitucionalización de los derechos universales "como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno".[36] El proceso de democratización en Sudamérica en la década de los ochenta favoreció no sólo la ratificación de la Convención Americana[37] y el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [38] sino también la incorporación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos, para dar respuesta y ser contrapunto de las violaciones sistemáticas ocurridas bajo las dictaduras.[39]

El efecto dominó que generó la democratización significó asimismo comenzar a salir de la llamada "década perdida" de los años ochenta y recuperar la credibilidad de la región a nivel internacional, reposicionando los esquemas integracionistas (ALADI

36 Abregú, M., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, una introducción,* Buenos Aires, 1997, pp. 3-32, p. 5.

37 Argentina en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1989, Chile en 1990 y Brasil en 1992.

38 Mientras Argentina, Uruguay y Chile reconocieron la competencia de la CorteIDH simultáneamente con la ratificación de la CADH, en cambio Paraguay en 1993 y Brasil en 1998, cuatro y seis años más tarde, respectivamente.

39 Una descripción del contexto de una historia de autoritarismo estatal y social en el que surge el SIDH (y se mantiene) en la región, en: Medina Quiroga, C., "Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2009, pp. 15-34.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

o el Pacto Andino)[40] y haciéndose escenario de grandes transformaciones como la creación del Mercosur (1991) y el nacimiento de la Comunidad Andina (1996), descansando la integración en los principios democráticos y de respeto de los derechos humanos.[41] En este nuevo rumbo del constitucionalismo democrático[42] se incorporan además a los órdenes constitucionales normas para regular la transferencia de competencias a organizaciones supranacionales, así como la primacía y el efecto directo del derecho de la integración.[43]

Prima facie, el constitucionalismo actual emerge a la inversa que en Europa, como se puede comprobar en el ensayo de Peter Huber contenido en esta obra, pues cuando en el viejo Continente se habla de internacionalización de las Constituciones nacionales se vincula directamente con la "europeización" (*v. gr*. integración económica),[44] en América Latina se identifica con la denominada humanización.[45] Como lo explica Laurence Burgorgue-Larsen, "en el seno del 'Nuevo Mundo', la 'internacionalización' de las Constituciones nacionales bien merece su nombre. Se trata de una internacionalización muy específica, ya que el derecho in-

40 Tirado Mejía, A., *Integración y democracia en América Latina y el Caribe*, Argentina, 1997, p. 32.

41 Casal, J. M., "Desafíos de los procesos de integración en materia de derechos humanos", *Cuadernos de Integración Andina*, núm. 15, pp. 13 y s.

42 Para el período que abarca la promulgación de los nuevos textos constitucionales, véase Nogueira, H., *La evolución político constitucional de América del Sur 1976-2005*, Chile, 2009.

43 Perotti, A., "El principio de primacía del derecho del Mercosur en las tres primeras opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión", en Ulate Chacón (ed.), *Derecho internacional, derecho comunitario y derechos humanos. Homenaje al profesor doctor José Luis Molina Quesada*, San José de Costa Rica, 2009, pp. 291-316.

44 Huber, P., "Estatalidad abierta: un análisis comparado", *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, *Ius Publicum Europaeum I*, Valencia, 2013, pp. 69-141.

45 Caballero Ochoa, J., "El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, 2006, pp. 82 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ternacional de los derechos humanos encuentra allí un lugar privilegiado".[46] El paradigma de la internacionalización entendida como humanización se ha encauzado tanto por el rango constitucional que se le asigna a los tratados de derechos humanos, su primacía sobre el derecho interno, incluso sobre el derecho constitucional mediante las cláusulas de "prevalencia",[47] así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.[48] Las Constituciones recogen la expansión del derecho internacional de los derechos humanos, pero también, el renacimiento de la idea integracionista.[49]

III. Conceptualización: la doble estatalidad abierta

En la doctrina sudamericana se ha abordado el fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional bajo la perspectiva de las cláusulas de apertura y más bien delimitado a los derechos humanos. Hasta ahora, un sector de la doctrina se ha apoya-

46 Burgorgue-Larsen, L., "Les standards: normes imposées ou consenties?", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle 2011*, París, 2012.

47 En la calificación de Manuel Góngora Mera, *cfr*. Góngora Mera, M. E., *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José de Costa Rica, 2011, p. 91.

48 *Cfr*. Capaldo, G. *et al*., *Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, 2013.

49 Actualmente en Sudamérica existen numerosos proyectos que se rubrican como "integracionistas", entre ellos UNASUR, ALBA, la Alianza del Pacífico o incluso uno más amplio como CELAC. Sin embargo, dichos proyectos develan un choque ideológico y algunos pueden calificarse como "antisistémicos". *Cfr*. Briceño Ruiz, J., "La iniciativa del Arco del Pacífico Latinoamericano. Un nuevo actor en el escenario de la integración regional", *Nueva Sociedad*, núm. 228, julio-agosto de 2010, pp. 44-59; Sanahuja, J. A., "Del 'regionalismo abierto' al 'regionalismo post-liberal'. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina", *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, Buenos Aires, vol. 8, 2010, pp. 11-54; Rojas Aravena, F., "La Celac y la integración latinoamericana y caribeña", *Revista Nueva Sociedad*, núm. 240, julio-agosto de 2012, pp. 16-27.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

do en la noción häberliana de "Estado constitucional cooperativo" para explicar que el Estado ya no está centrado en torno a sí mismo, sino estrechamente vinculado con otros Estados constitucionales miembros de una comunidad, en el que adquieren gran relevancia los derechos humanos y fundamentales.[50] Recientemente el fenómeno se vincula con el neoconstitucionalismo. Se sostiene que "el neoconstitucionalismo" sirve de marco al fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional en América Latina ocurrido con las transformaciones constitucionales,[51] sustentadas en los postulados doctrinarios emergidos en Italia y gracias a los aportes sobre la interpretación constitucional provenientes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino.[52]

Contrariamente, en este estudio propongo, partiendo del concepto jurídico-institucional de típico cuño germánico de estatalidad (*Staatlichkeit*), analizar el fenómeno de la estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*), bajo su construcción en el contexto integrado, debido al potencial e impacto que esta constelación abre en el debate sudamericano como *conditio sine qua non* de la supranacionalidad.

50 *Cfr*. Häberle, P., *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, 2003, p. 75-77. La obra del profesor Häberle ha sido traducida al español y ha encontrado eco en la región. Entre otras traducciones figuran Häberle, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; Häberle, P., *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Lima, 2001; Häberle, P., *El Estado constitucional*, Buenos Aires, 2007. Al idioma portugués, Häberle, P., *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1997; Mendes, G. y Rufino do Vale, A., "O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", *Observatório da Jurisdição Constitucional*, año 2, 2008-2009, p. 2.

51 Por todos, véase García Jaramillo, L., "El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 45, núm. 33, enero-abril de 2012, pp. 93-118, 94 y ss.

52 *Cfr*. Capaldo, G. *et al*., *Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, 2013.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Desde hace casi cincuenta años el concepto alemán de estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*) acuñado por Klaus Vogel[53] describe la apertura de la esfera de competencias del derecho interno del Estado, es decir, la permeabilidad del ordenamiento jurídico nacional, como lo afirma Karl-Peter Sommermann.[54] En el contexto alemán se atribuye una especial connotación a la "decisión constitucional a favor de la apertura" en tanto comprende una faz pasiva y una faz activa. Los padres fundadores de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental) se pronunciaron favorablemente hacia el Estado abierto tanto en el sentido de la cooperación internacional en los planos universal y regional, como en el posicionamiento del Estado en la comunidad internacional y su subordinación al orden normativo emanado de ella, bajo el credo de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos.[55] La Ley Fundamental (LF) asigna estadios distintos en su elección, a nivel constitucional, por un Estado alemán que combina en su fuente originaria la interacción con otros regímenes legales. Por una parte, se regula la incorporación de los tratados internacionales en el orden público nacional en el artículo 59.2 de la LF,[56] y por la otra, se establecen diversos parámetros para interactuar con otras normas, según se afecten de modo determinante las bases de la legitimidad estatal de Alemania como son democracia, separación de poderes, federalismo, republicanismo o no. Por ello, en el artículo 23 de la LF se prevé la cláusula de apertura hacia la integración europea que

53 Vogel, K., *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964, p. 42.

54 Sommermann, K., "Offene Staatlichkeit Deutschland", *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. II: *Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Heidelberg, 2008, núm. 12, p. 10.

55 El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en el inciso 2, dispone "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas".

56 En idioma español, véase Bank, R., "Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán", *Ius et Praxis*, vol. 9, Chile, 2003, pp. 23-38.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

reconoce un tipo de interacción derivado de su pertenencia a una comunidad jurídica compleja. El artículo 24 de la LF aplica, en cambio, para otras membresías, como sería el caso del sistema de las Naciones Unidas.

Javier García Roca afirma que el Estado constitucional contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente y por lo tanto limitado en idéntica perspectiva, en particular en materia de derechos humanos.[57] Ampliamente conocidas son las estructuras constitucionales permeables reguladas en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), que traducen la vocación de los Estados nacionales de abrir su ordenamiento jurídico al influjo del derecho inter y supranacional, configurando la condición *sine qua non* para la estabilidad y funcionalidad de la Unión Europea y del espacio jurídico europeo.[58] Distintas denominaciones han sido utilizadas, tales como "bisagra",[59] "cláusula europea"[60] o "bridging mechanism".[61]

En esta línea, el término permeabilidad, que significa en sentido literal penetrable o traspasable, a pesar de ser un concepto tomado de la biología para explicar lo social,[62] sirve como técnica

57 García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, 2010, p. 31.

58 Huber, P., "Offene Staatlichkeit: ein Vergleich", *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. II: *Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Heidelberg, 2008.

59 Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004 v. 13. 12. 2004, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 3 Suplemento, 4 de enero de 2005, pp. 5, 9 (II 3). Silva García, *La declaración 1-2004 del tribunal constitucional. Español*.

60 Claes, M., "Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las 'cláusulas europeas' en las Constituciones nacionales: evolución y tipología", *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Cartabia *et al*. (eds.), 2005, pp. 123, 127 y ss.

61 Walker, N., "Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union", *European Law Journal*, vol. 4, 1998, p. 375.

62 *Cfr*. Botero Bernal, A., "Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica", *Diálogos de saberes: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas*, Bogotá, núm. 18-19, 2003, pp. 147-174.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de extrapolación y herramienta útil para interpretar el cambio de paradigma hacia un Estado no cerrado. En sentido estrictamente jurídico Wendel define la permeabilidad como la cualidad de un ordenamiento jurídico de permitir la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico,[63] representando un mecanismo de entrelazamiento normativo.[64]

Hoy en día es incuestionable la penetración cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno.[65] Considero que esta constelación del Estado abierto tiene el potencial e impacto necesarios en el debate sudamericano, entendido como *conditio sine qua non* de la protección internacional y, en particular, la supranacional, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo.

IV. Constitucionalización progresiva del Estado abierto

La doble estatalidad abierta sudamericana tiene una fisionomía heterogénea y progresiva. En Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela se constata el avance continuo en la regulación expresa del rango constitucional que se atribuye a los tratados internacionales de derechos humanos en los ordenamientos nacionales y muestran en general una concepción a favor del derecho internacional, del sistema interamericano y de la integración. Sin embargo, la progresividad va acompañada de una diversidad de mecanismos que permiten la penetración normativa. Hay distintas denominaciones

63 Wendel, M., *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, Tubinga, 2011, p. 71.

64 Nettesheim, M., "Europäischer Verfassungsverbund?", *Festschrift J. Isensee*, 2007, p. 736.

65 Ríos Álvarez, L., "El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas", *Revista de Derecho Público*, vol. 66, 2004, pp. 25-59, especialmente p. 40.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

(como cláusulas de apertura,[66] cláusulas de diálogo,[67] normas de reenvío,[68] habilitaciones constitucionales para la integración[69]). Igualmente la graduación va de la generalidad a la especificidad en la medida en que convergen, de modo acumulativo o no, figuras jurídicas como primacía de los tratados de derechos humanos, bloques de constitucionalidad, efecto directo, interpretación conforme, derechos implícitos, interpretación *por homine*. Dicha convergencia está vinculada a la temporalidad, que divido aleatoriamente entre una primera expansión en las Constituciones a fin del siglo XX (1988-1998), y luego, una segunda expansión (1999-2009) en el nuevo milenio, que amplía el radio de la permeabilidad en las Constituciones andinas. Sin ánimo exhaustivo sino ejemplificativo, demuestro esta tendencia con citas a las disposiciones constitucionales.

1. *La estatalidad abierta respecto a los derechos humanos*

Esta apertura tiene lugar tempranamente en el constitucionalismo latinoamericano.[70] *Ab initio*, la apertura fue objeto de debate a partir del dilema clásico de la jerarquía normativa e incorporación

66 Un clásico es el estudio del maestro Fix-Zamudio, H., "El derecho internacional de los derechos humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho*, año 1, núm. 1, 2004, pp. 141-180.

67 De Oliveira Mazzuoli, V., "O controle jurisdicional da convencionalidade das leis", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2009, p. 118.

68 Rey Cantor, E., "El bloque de constitucionalidad: aplicación de tratados internacionales de derechos humanos", *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, Santiago de Chile, 2006, p. 303.

69 Perotti, A., *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Montevideo, 2004, ts. I y II.

70 Tendencia advertida tempranamente. *Cfr*. Fix-Zamudio, H., "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *The Modern World of Human Rights, Essays in Honor of Thomas Buergenthal*, San José, 1996, pp. 159-207.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de los tratados en el orden interno[71] y se generalizó el examen sobre las cuatro opciones del poder constituyente al otorgar rango supraconstitucional, rango constitucional, rango supralegal y rango legal.[72] En el marco del constitucionalismo democrático,[73] la permeabilidad hacia la aplicación de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos en el ámbito doméstico ha recibido amplio tratamiento en la doctrina.[74] Existen distintas categorías desde las cláusulas más cerradas y jurídicamente seguras (por ejemplo cuando se incorpora la Convención Americana) hasta las más abiertas y complejas (cláusula de derechos innominados).[75] Según Bidart Campos, los mandatos constitucionales contentivos de la apertura ofrecen las condiciones de viabilidad de penetración de los distintos órdenes normativos.[76] Son las propias Constituciones las que definen el alcance de la prevalencia de los derechos humanos.[77] Si existiera algún tipo de

71 Dulitzky, A., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, Buenos Aires, 1997, p. 40.

72 Ayala Corao, C., "La jerarquía de los tratados de derechos humanos", *Futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos,* Méndez y Cox, San José, 1998, pp. 137 y ss.

73 Para el período que abarca la promulgación de los nuevos textos constitucionales, véase Nogueira, H., *La evolución político-constitucional de América del Sur 1976-2005*, Chile, 2009.

74 Brewer-Carías, A., "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 6, México, julio-diciembre de 2006, pp. 29-78.

75 Uprimny, R., "Bloque de convencionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal", disponible en *http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf ,* p. 14.

76 Bidart Campos, G., *Teoría general de los derechos humanos*, México, 1994, p. 241.

77 Meier García, E., "Crónica de un incumplimiento anunciado: sobre la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los tribunales nacionales. El caso venezolano", *Gaceta Jurídica*, Lima, mayo de 2009, t. 17, pp. 372 y 373.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

colisión, la doctrina apuesta por solucionarlo a través del enfoque dialógico.[78]

Aproximarse grosso modo, a una taxonomía de esta estatalidad abierta conduce a poner de relieve tres mecanismos: las cláusulas de interpretación de la Constitución a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, el lugar privilegiado de los tratados de derechos humanos en la jerarquía normativa a nivel doméstico, y las cláusulas de derechos constitucionales no enumerados. Dichas modalidades, no obstante, pueden estar contenidas en una misma disposición constitucional o separadamente. Por ello, ilustro la categorización con ciertos ejemplos de la primera expansión y la segunda expansión.

Una vez finalizada la dictadura, la Constitución brasileña de 1988 encarna un texto que procura la reinvención del ordenamiento en la órbita del principio democrático, la protección de los derechos humanos y de los derechos sociales en particular. Este texto constitucional postula desde el preámbulo un Estado democrático de derecho "destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales" y enuncia como fundamento del Estado y como principio rector de las relaciones internacionales, entre otros, la dignidad de la persona humana (artículo 1o.) y la prevalencia de los derechos humanos (artículo 4o.). El "post 88" marca una etapa de expansión simultánea en lo internacional y en lo doméstico en materia de derechos humanos, aunque el texto constitucional guardó silencio acerca del rango de los tratados de derechos humanos. Brasil mantuvo una jurisprudencia constante en sentido afirmativo del rango de ley de los tratados internacio-

78 Bazán, V., "La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina", *Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 2, Chile, 2007, pp. 137-183; Guenka Campos, T., *O controle de convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e internacional: por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Constitucional brasileiro*, San José, 2010.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nales, postura cuestionada en la doctrina por colocarse a espaldas de la novedosa apertura material establecida en la Constitución.[79]

Con la enmienda constitucional núm. 45 de 2004 se incorporó el § 3o. al artículo 5o.: "Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueran aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales".[80] A partir de una controvertida sentencia en 2008,[81] el Supremo Tribunal Federal ha dado un estatus supralegal a los tratados de derechos humanos.[82]

La reforma de 1989 de la Constitución chilena, cuyo origen data de 1980, se entrelaza con la democratización y hace girar su apertura en torno a la dignidad como límite de la soberanía. El artículo 5o., inciso 2, determina que:

> 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 proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Esa línea se acentuó, luego del periplo de reformas desde aquel 1980, en las modificaciones del año 2005, mediante el refuerzo de la justicia constitucional.[83]

79 *Cfr*. Maliska, M., "Verfassung und normative Kooperation: zum übergesetzlichen Status Internationaler Menschenrechtsverträge in Brasilien", *VRÜ*, vol. 3, 2011, p. 316.

80 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 6 de diciembre de 2006, Resolución A/61/611.

81 Supremo Tribunal Federal, RE 466343/SP, de 3 de diciembre de 2008. Véase la contribución de Marcelo Figueiredo en esta obra.

82 Kloeckner Feracin, V., "A nova pirâmide jurídica formada após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário núm. 466.343-1/SP", *Anima, Revista Electrónica*, vol. 2, pp. 233-252.

83 Peña, M., "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", *Revista Iberoamericana de Derecho*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Durante la dictadura se adoptó la praxis de no hacer publicidad de los tratados vigentes para no hacer obligatoria su aplicación.[84] Hasta la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1989 la jurisprudencia otorgaba a los tratados el mismo valor y rango que la ley y privó el criterio de la formalidad de la publicidad de la ley. Cuando un pacto había sido promulgado pero no publicado, no era aplicable.[85] La decisión de la Corte Suprema de Chile, del 10/9/1998, que ordenó la apertura de una demanda por la muerte y desaparición del recluso Pedro Enrique Poblet Córdova durante el régimen militar chileno, únicamente se hizo posible en virtud de la existencia de los *Convenios de Ginebra* firmados por Chile e invocados por aquel Tribunal para sobreponerse a la legislación interna (amnistía) concedida al citado dictador chileno.

En el estudio cuantitativo y cualitativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile durante el quinquenio 2006-2010, Humberto Nogueira constata una tendencia moderada y tímida en la aplicación de las normas jurídicas internacionales, fundamentada en el artículo 5.2 como norma de apertura o incluso en la dignidad del ser humano según el artículo 1.1 de la Ley Fundamental chilena, ampliada mediante la incorporación de la regla de interpretación de derechos fundamentales "favor persona".[86]

La Constitución de Colombia de 1991 es particularmente abierta al derecho internacional de los derechos humanos. El artículo

Procesal Constitucional, núm. 9, México, 2008, pp. 219-235.

84 Veintiséis tratados relativos a los derechos humanos (teóricamente) vigentes hasta la reforma constitucional de agosto de 1989. *Cfr*. Bernales Rojas, G., "Los tratados internacionales, los derechos fundamentales y la jurisprudencia del período 1981-1989, bajo el régimen del art. 24 transitorio de la Constitución", *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 281-327.

85 Henríquez Viñas, M. L., "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", *Revista Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, pp. 73-119, p. 86.

86 Si bien no representa una tendencia dialógica con la CorteIDH, sino más bien con otras jurisdicciones extranjeras. Nogueira Alcalá, H., "El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el período 2006-2010", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 39, núm. 1, 2012, pp. 149-197.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

93.1 dispone que "los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno"; también establece que todos los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, según el artículo 93.2. Combina así en una misma disposición la "cláusula de primacía" y la "cláusula de interpretación conforme". Esta norma ha dado lugar a la distinción entre bloque de constitucionalidad *strictu* y *lato sensu*. En la sistematización propuesta por Catalina Botero, el artículo 93.1 establece que 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 (bloque *strictu sensu*); el inciso 2 del artículo 93 señala que los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (bloque *latu sensu*). Pero la Ley Fundamental colombiana, además de la cláusula de los derechos innominados del artículo 94, recoge en otras disposiciones la apertura en derechos humanos como son el artículo 53.4 según el cual los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna; y el inciso 2 del artículo 214 que preceptúa que en los estados de excepción no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales y que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.[87]

La Constitución de Paraguay de 1992, luego de su larga dictadura militar, es un texto imbricado en el propósito de establecer un régimen democrático y fortalecer los derechos humanos, lo que se refleja en un conjunto de disposiciones de singular impacto. Así, la dignidad humana se reconoce en el Preámbulo para asegurar los derechos y sirve de fundamento a la democracia representati-

87 Botero destaca la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el concepto doble del bloque desde la sentencia C-358/97 y consolidada desde la decisión C-191/98. *Cfr*. Botero, C., *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, pp. 18 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

va, participativa y pluralista que adopta como sistema de gobierno (artículo 1). Asimismo cualifica los tratados de derechos humanos al no poder ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda constitucional (artículo 142) y la protección internacional de los derechos humanos es uno de los principios que orienta las relaciones internacionales (artículo 143). En este orden de ideas, este texto constitucional asigna al respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos un papel preponderante como fines del derecho a la educación (artículo 73).

Según la Constitución de Perú de 1993, "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" (artículo 55). Su cuarta disposición final y transitoria se perfila por la cláusula de interpretación conforme, de inspiración española y portuguesa, que dispone*:* "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". No obstante, no faltaron voces críticas para advertir el retroceso experimentado en el orden constitucional, que ya no contenía una norma de apertura expresa como el antiguo artículo 105 de la Constitución de 1979.[88]

Paradigmático, sin embargo, es el artículo 75 Nr. 22 de la Constitución de Argentina de 1994, que enumera una serie de tratados a los que asigna rango constitucional[89] y deja "abierta" la posi-

[88] Curlizza, J., "La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos", *La Constitución de 1993. Análisis y comentario*, Lima, 1995, t. II, pp. 56-83.

[89] 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 Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

bilidad de extender este rango a otros instrumentos siguiendo un procedimiento específico.[90] Como bien acentúa Manuel Góngora, el constituyente argentino optó por enumerar declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos, no en una lista rígida sino facultando al Congreso para ampliarla mediante mayoría calificada, pero sí rígida en tanto los instrumentos de derechos humanos que tengan jerarquía constitucional pueden ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional únicamente con la previa autorización del Congreso, con base en el principio del paralelismo de competencias entre los poderes del Estado.[91] La internacionalización del ordenamiento argentino se ubica pues como un referente,[92] sin precedentes, en recepcionar determinados tratados internacionales sin reserva de reciprocidad.[93] Como ha advertido la Corte Suprema de Justicia de ese país, por voluntad del poder constituyente, debe procurarse la concordancia entre los tratados y la Constitución, de modo tal que la esfera de protección internacional complementa la constitucional.[94]

A partir de 1999 se amplía la formulación de modo claro y atribuyendo categóricamente rango constitucional a los tratados de derechos humanos. Según Rodrigo Uprimny, Venezuela, Ecuador y Bolivia parecen inscribirse en los llamados procesos constitu-

90 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) por la Ley núm. 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, mediante la Ley núm. 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003.

91 Góngora Mera, M., "El bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad", Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, 2007, pp. 8 y 9.

92 Por ejemplo conforme al artículo 43 de la Constitución argentina toda persona puede interponer la acción de amparo cuando se vulneren derechos y garantías reconocidos en un tratado.

93 Salomoni, J., *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, 1997, p. 2.

94 Sentencia de la CSJN Argentina de fecha 26.12.1996 en el caso Monges, Analía M c/Universidad de Buenos Aires, considerandos 20-22. Gordillo, A., "Jurisprudencia de 1997: elogio a la justicia", *La Ley*, 1997-F, p. 1318.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cionales más fundacionales, con ruptura del orden anterior, mientras los otros procesos eran más transaccionales o de consenso, como fue en Colombia y Argentina.[95] La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 23, determina:

> 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 la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

En la Constitución ecuatoriana de 2008 se regula, por una parte, que "los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte" (artículo 11.3) y por otra parte, contempla una variedad de fórmulas y prescribe que "en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios *pro* ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución" (artículo 417). También consagra que "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" (artículo 424).

La Constitución boliviana es la última de la segunda expansión en Sudamérica, que se promulgó en 2009. El artículo 13.IV., regula que:

95 Uprimny, R., "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Rodríguez Garavito (coord.), Argentina, 2011, p. 127.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> 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 tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

Conforme al artículo 256:

> 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 [256.I].

Y continúa la estipulación de la cláusula de interpretación conforme en esta forma: "Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables" (artículo 256.II).

Mención especial merece la vía expansiva de las cláusulas de los derechos implícitos o no enumerados, que se corresponde con una tradición constitucional incluso anterior a las reformas y nuevas cartas magnas.[96] Hay una convergencia material en esta apertura ya que los países sudamericanos las han incorporado en términos similares, en ambas expansiones, es decir, que la declaración o enunciación de los derechos contenida en la Constitución, no debe ser entendida como la negación de otros no enume-

96 En Venezuela la antigua CSJ había acudido a la cláusula para aplicar tratados de derechos humanos, entre ellos para la protección de la maternidad en el asunto Mariela Morales contra Ministerio de Justicia, Sent. núm. 661, S.P-A, 04/12/90, Ponente: Calcaño de Temeltas, J., también para proteger derechos políticos de los pueblos indígenas, sentencia de fecha 05.12.1996 referida a los pueblos indígenas del Estado Amazonas (Yanomami, Piaroa, Piapoco, Baré, Jevi, Ye´Kuana, Yabarana, Sanema). En Argentina en el citado caso Ekmekdjian, M., Sofovich A., y otros", Fallos, 315:1492, 7 de julio de 1992.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

rados en el texto constitucional, que sean inherentes a la "persona humana" o "a la dignidad humana".

Tomando como referente la Constitución de Uruguay,[97] el artículo 72 garantiza esta fórmula de los derechos innominados. Para explicarlo, algunos autores argumentan que un derecho es inherente a la persona humana en la medida en que esté incluido en los tratados internacionales referidos a los derechos humanos, atendiendo al proceso de internacionalización de los derechos humanos y en base a la multiplicidad de instrumentos internacionales ratificados por Uruguay. La condición de inherente deriva directamente del hecho de estar reconocido por el ordenamiento jurídico internacional como un derecho fundamental.[98] Esta es la cláusula más generalizada, pues también la recogen las Constituciones de Argentina (artículo 33), Bolivia (artículo 13.II) Brasil (artículo 5, § 2), Colombia (artículo 94), Ecuador (artículo 11.7), Paraguay (artículo 45), Perú (artículo 3), y Venezuela (artículo 22). Igualmente interesante es reiterar que la propia CADH contiene en el artículo 29.3 una cláusula de apertura en el mismo sentido de los derechos no enunciados en ella.

De lo expuesto puede concluirse que la recepción de los tratados de derechos humanos ha evolucionado con una fuerza expansiva y puede identificarse gráficamente con la figura de los "puentes", utilizada por Sergio García Ramírez.[99] En mi criterio, junto al puente de arquitectura clásica de la recepción constitucional aquí expuesto, se han levantado otros puentes de estructura antisísmica, como el de la recepción jurisprudencial.[100] Su edificación

97 La Constitución Política de la República Oriental del Uruguay es de 1967, pero ha tenido sucesivas reformas vía plebiscitos (1989, 1994, 1996 y 2004).

98 Risso Ferrand, M., "La libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2004, pp. 501 y 502.

99 García Ramírez, S., "Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, Uruguay, 2008, pp. 364 y ss.

100 Un estudio referencial obligado, Abregú y Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 2004.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ha ido en aumento mediante el diálogo judicial[101] y se ha fortalecido con el llamado control de convencionalidad desarrollado por la CorteIDH, que representa una apertura "*ex ante*"[102] y que debe regirse, *sine qua non*, por principios del derecho internacional a la hora de su aplicación.[103]

Se suman dos puentes de diseño moderno indispensables para la protección antisísmica, que consisten en la recepción política y en la recepción cultural. La primera encauza las políticas públicas domésticas enfocadas en los derechos humanos, gracias al impulso de la sociedad civil y del litigio estratégico, y la segunda encarna la incorporación de los estándares del derecho internacional en la cotidianidad ciudadana. En el espacio de los derechos humanos, el arraigo o no de la cultura de la juridicidad representa un factor decisivo para avanzar en la internacionalización o para resistirse a ella.[104]

2. *La estatalidad abierta en materia de integración*

En primer lugar debe dejarse sentado que el fenómeno de la constitucionalización de un espacio de integración y unidad, dentro de su diversidad, ha girado en torno de la idea de América

101 A título de ejemplo, Bazán, V., "La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina", *Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 2, Santiago de Chile, 2007, pp. 137-183; Rivadeneyra, A., *La emergencia del principio de interacción y el diálogo jurisprudencial a la luz del denominado derecho constitucional internacional*, Perú, 2011.

102 *Cfr*. Pinto Bastos Júnior, L. y Guenka Campos, T,. "Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos", *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 1, núm. 19, junio-diciembre de 2011.

103 Gil Domínguez, A., *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Buenos Aires, 2007.

104 García Ramírez, S., Reseña a la obra "La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México de Caballero Ochoa, J.", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 18, núm. 128, mayo-agosto de 2010, pp. 960 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Latina. Ello obedece a los elementos aglutinadores de viejo y de nuevo cuño que caracterizan la región, tal como advierte acertadamente Jorge Carpizo.[105] Entre los primeros sistematiza las historias comunes, la herencia cultural, la tradición jurídico-política similar y la inspiración en una cohesionada unión, a la vez que la balbuciente integración posdemocracia se define por los renovados problemas comunes (pobreza y desigualdad), las distintas iniciativas a lo largo de Latinoamérica y la creación de órganos supranacionales. Los textos constitucionales disponen expresamente la idea de integración latinoamericana, con la excepción de Chile y Paraguay. Las otras Constituciones de los países objeto de análisis establecen tanto en los preámbulos (por ejemplo Colombia, Ecuador, Venezuela) como en normas específicas, que el Estado se compromete a promover la integración latinoamericana (Perú, Uruguay), incluso con miras a conformar una comunidad latinoamericana de naciones (Argentina, Bolivia, Brasil).[106] La Constitución de Ecuador es la única que regula concretamente el impulso prioritario de la integración de la "región andina, de América del Sur y de Latinoamérica" (artículo 416 numeral 11).[107] Por razones de limitar el examen del panorama constitucional en cuanto al Estado abierto hacia la integración al Mercosur, se alude al concepto de Sudamérica.

105 Carpizo, J., "Derecho constitucional latinoamericano y comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 114, 2005, pp. 949-989.

106 En Colombia, el Constituyente se compromete en el "Preámbulo" a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, a orientar la política exterior hacia la integración latinoamericana y del Caribe (artículo 9), y a promover la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe, incluso a conformar una comunidad latinoamericana de naciones (artículo 227). Otras Constituciones, como las de Uruguay, sólo mencionan que la República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos (artículo 6). Bolivia, en su más reciente Constitución de 2009, estipula expresamente en el artículo 265 que el Estado promoverá la integración "y, en particular, promoverá la integración latinoamericana".

107 El artículo 423 de la Constitución ecuatoriana de 2008 señala que la integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe, será un objetivo estratégico del Estado.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La propuesta de Brasil de construir una plataforma para Sudamérica[108] se organiza alrededor del Mercosur[109] y en base a su propia estrategia.[110] Sudamérica emerge como subsistema regional distinto, esbozado sobre el concepto clave de liderazgo consensual brasileño (*consensual leadership*) y erigido para la coordinación, consultación y discusión.[111]

Tomando como referente el bloque mercosureño, los Estados miembros fundadores del Mercosur muestran diferencias. La doctrina agrupa, bajo el término *tándem*, por un lado las normas constitucionales de Argentina y Paraguay, y por otro lado, a Brasil y Uruguay, teniendo en cuenta sus similitudes. Como comenta Colagero Pizzolo, el *tándem* Argentina-Paraguay asumen fórmulas habilitantes y el *tándem* Brasil-Uruguay, por el contrario, incorpora fórmulas detonantes.[112] En el primer caso los Constituyentes han fijado un haz de valores axiológicos para los procesos de adhesión a organizaciones supranacionales de manera específica.[113] Elocuentes son las habilitaciones constitucionales de Argentina y Paraguay en el punto de estudio, pues contienen la llamada cláusula de garantía estructural que condiciona la integración al respeto y garantía de la democracia y los derechos humanos.

108 Para hacer frente a la propuesta de los Estados Unidos de América acerca del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), Brasil lanzó la histórica propuesta, durante los preparativos de la III Cumbre de las Américas de Quebec, de reunir en Brasilia exclusivamente a los presidentes sudamericanos.

109 Poggio Teixeira, C., "Brazil and the institutionalization of South America: from hemispheric estrangement to cooperative hegemony", *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, vol. 54, núm. 2, 2011.

110 Pedersen, T., "Cooperative Hegemony: Power, Ideas and Institutions in Regional Integration", *Review of International Studies*, vol. 28, núm. 4, 2002, pp. 677-696.

111 Burges, S. W., *Brazilian Foreign Policy after the Cold War*, Gainesville, 2009, p. 59.

112 Pizzolo, C., *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, 2002, p. 374 y ss.

113 Oteiza, E., "Mercosur: diagnóstico provisional sobre el proceso transnacional", *El Derecho*, Buenos Aires, t. 167, p. 1022.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La Constitución de Paraguay, además de referir en el Preámbulo que el pueblo paraguayo está "integrado a la comunidad internacional" al darse la norma suprema, despliega un haz de normas regulatorias del mandato de apertura como son el orden de prelación de normas (artículo 137),[114] la aceptación del derecho internacional en sus relaciones internacionales (artículo 143),[115] el reconocimiento de sus obligaciones como Estado parte de un tratado de integración (artículo 144)[116] y la habilitación constitucional para la integración propiamente dicha (artículo 145).[117] De conformidad con el artículo 145, Paraguay admite un orden jurídico supranacional que garantiza la vigencia de los derechos humanos, la paz, la justicia, la cooperación y el desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. No obstante, no dispone expresamente la posibilidad de atribución de competencias o jurisdicciones supranacionales.

Por su parte, la Constitución de Argentina, recogiendo la jurisprudencia existente,[118] incluye una cláusula cualificada de integra-

114 Artículo 137: La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

115 Artículo 143: La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios… 4. la solidaridad y la cooperación internacional…

116 Artículo 144: La República del Paraguay renuncia a la guerra, pero sustenta el principio de la legítima defensa. Esta declaración es compatible con los derechos y obligaciones del Paraguay en su carácter de miembro de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, o como parte en tratados de integración.

117 Artículo 145: La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

118 La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, desde 1992 en el fallo en los autos "Recurso de hecho, Eckmekjián, M., Sofovich, A., y Otros", asigna primacía al tratado ante un eventual conflicto con el orden interno en base al artículo 27 de la Convención de Viena. Este criterio fue reiterado, entre

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ción prevista en el artículo 75, inc. 24. Dicha cláusula se perfila como "única" porque exhibe, entre sus caracteres particulares, que los tratados de integración respeten el orden democrático y los derechos humanos, que se rija por los principios de reciprocidad e igualdad, prevé la delegación de competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales y contempla la jerarquía superior a las leyes de las normas dictadas en la integración. En la doctrina parece haber consenso en admitir que en ambos países los tratados de integración tienen rango supralegal por voluntad del constituyente, aunque existe también alguna voz disidente.[119] Su máximo Tribunal ha reconocido reiteradamente su doctrina en el sentido de que el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir la norma de un tratado.[120]

La doctrina postula que el *tándem* Brasil-Uruguay no permitiría la transferencia de competencias al ente supranacional.[121] La Constitución uruguaya, en su artículo 6, sólo dispone que la "República procurará la integración social y económica con los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas". La Constitución de Brasil proclama en el artículo 4, párrafo único, que "La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones." Sostengo que también los Constituyentes brasileños y uruguayos han esbozado una integración social y una comunidad

otros, en "Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Salto de Grande", "Servini de Cubría, A c/ Amparo", "Cafés La Virginia S. A. c/ Apelación.

119 Klein Vieira, L., "La Reforma de las Constituciones de los Estados Partes del Mercosur", *La Ley 11.723*, Argentina, 2012, pp. 4-7.

120 CSJN "Cocchia, Jorge D. c/Nación Argentina y otro", 02/12/93, Fallos 316:2624; CJSN, "Dotti, Miguel A. y otro s/ contrabando (incidente de apelación auto de nulidad e incompetencia)", 07/05/98, Fallos 321:1226, citados en Dreyzin de Klor, A. y Perotti, A., *El rol de los tribunales nacionales de los Estados de Mercosur*, Córdoba, 2009, p. 93 y ss.

121 Por ejemplo, Cairoli Martínez, M. H., "Derecho constitucional y procesos (con especial referencia al Mercosur)", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Uruguay, 2003, p. 454.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de naciones precisamente en el sentido de trascender la mera cooperación internacional. La imprevisión constitucional no tiene que interpretarse como prohibición de la transferencia de competencias, sino en el contexto del Estado abierto, "en aras del bien común internacional y de un despliegue actualizado del derecho de gentes", de modo que el operador Constitucional estaría autorizado a tal transferencia, subsanando la imprevisión de ese supuesto, como bien ha afirmado Néstor Sagüés.[122]

En el *tándem* Brasil-Uruguay debo acotar que hay avances jurisprudenciales en la línea propuesta. El fallo histórico del Supremo Tribunal Federal de Brasil que otorga rango superior a las leyes a los tratados sobre derechos humanos ya citado supra,[123] generó la expectativa de propiciar una relectura del artículo 4, párrafo único, de la Constitución Federal. Algunos autores interpretan que al hablarse en la Constitución de "integración económica, política y jurídica", es posible argumentar darle a las normas del Mercosur el estatus de superioridad con relación a las leyes ordinarias.[124]

Las fórmulas de recepción del derecho de la integración son muchas y diversas en las diez Constituciones objeto de análisis. La bifurcación entre la cláusula que expresa claramente la decisión política fundamental a favor del proceso de integración y la disposición relativa al mecanismo de habilitación de competencias para la delegación en organismos supranacionales es una constante en las Constituciones sudamericanas.[125] De manera general puede constatarse la tendencia hacia la regulación expresa

122 Sagüés, N., *Reflexiones sobre la imprevisión constitucional. Interpretación e integración*, México, p. 102.

123 El citado caso Procesos: HC 87585, RE 349703 y RE 466343; y derogación de la Súmula 619.

124 En palabras de Alejandro Pedotti significaría un punto de inflexión del famoso precedente RE 80.004/SE datado de 1977 que otorga igualdad de rango entre tratado y ley y prevalencia de la norma posterior. *Cfr*. Mercosurabc. Disponible en *http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1824&IdSeccion=14*.

125 Vanossi, J., *Apuntes de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2007, pp. 31 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de la integración como fin del Estado, con incorporación de la transferencia de competencias al ente supranacional y previendo el reconocimiento de la primacía y el efecto directo de la normativa de integración está registrada desde la *Constitución colombiana* de 1991. El conciso Preámbulo enuncia que "El pueblo de Colombia,…comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana"; el artículo 9 dispone, entre los fundamentos de política exterior de Colombia, que "se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe" y el artículo 227 de la Constitución colombiana cuando establece:

> El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

La Constitución de Perú, más tímidamente, pero enmarcada en la garantía de la plena vigencia de los derechos humanos y de la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, ancla en el artículo 44, entre los deberes primordiales del Estado, el deber de promover la integración, particularmente latinoamericana. Esta norma configura un punto de inflexión en materia de la estatalidad abierta integracionista, ya que la Constitución de 1979 era un texto inédito y de vanguardia. Establecía en su Preámbulo "la necesidad de impulsar la integración de los pueblos latinoamericanos y de afirmar su independencia contra todo imperialismo" y preveía normas específicas sobre una "integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones" (artículo 100) y sobre la prevalencia de los tratados de integración con Estados latinoamericanos sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes (artículo 106). En 1993 se pro-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

dujo una insólita desaparición de estas regulaciones, lo que no obstante ratifica mi tesis acerca de una permeabilidad progresiva más no lineal, sino con oscilaciones.

En la segunda expansión ocurrida desde 1999, vale destacar el artículo 153 de la Constitución de Venezuela que privilegia la integración latinoamericana y caribeña con miras hacia una comunidad de naciones, de amplio espectro, destinada a promover el desarrollo común, además de regular la facultad para atribuir a organizaciones supranacionales, y que "las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna".

Admitiendo que la Constitución es uno de los puentes para la penetración del derecho de la integración, las últimas Cartas Magnas de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) representan un nuevo estadio del alcance del mandato de apertura, diversificado y comprensivo de todos los principios inherentes a una integración supranacional. La Constitución de Ecuador[126] en su artículo 423 asigna preferencia a la integración latinoamericana y caribeña y enumera en siete ordinales los compromisos del Estado ecuatoriano[127] y en su artículo 425 estipula un rango inmediato debajo de la Constitución para los tratados y convenios internacionales en el orden jerárquico de aplicación de las normas. La *Constitución de Bolivia* de 2009[128] mantiene esta tendencia de apertura hacia

126 Constitución de Ecuador: "Preámbulo", artículos 276.5, 284, 416.10, 416.11 y 419.6, entre las normas relevantes para la integración.

127 El artículo 423 de la Constitución de Ecuador es una disposición de carácter detallado y extenso en las materias de objeto de la integración, que reconoce, entre otros campos, la armonización de las legislaciones nacionales, la posibilidad de crear la ciudadanía latinoamericana y caribeña; el impulso de una política común de defensa y que favorezca la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

128 Una singularidad de la Constitución de Bolivia está contenida en el artículo 377 que consagra: "I. Todo tratado internacional que suscriba el Estado sobre los recursos hídricos garantizará la soberanía del país y priorizará el interés del

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la integración, pero incluye en el artículo 257 el condicionamiento de un referendo popular vinculante previo a la ratificación de los tratados internacionales que impliquen integración monetaria, integración económica estructural y cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración. También el texto constitucional privilegia la integración latinoamericana y resalta una integración de los pueblos indígenas.[129] Un aspecto interesante es la regulación del sufragio universal para elegir "las representantes y los representantes de Bolivia ante organismos parlamentarios supraestatales emergentes de los procesos de integración" (artículo 266).

En síntesis, las Constituciones conciben un Estado comprometido con la apertura al derecho internacional de los derechos humanos. En las palabras de Laurence Burgorgue-Larsen, "no se puede decir que en Europa haya sido atribuido un lugar *ad hoc* a los tratados internacionales de derechos humanos en la jerarquía de las normas con la excepción (notable) de la Constitución de Bosnia Herzegovina" y considera que, en los casos por ejemplo de Bolivia y Ecuador,

> donde el constituyente ha acordado no solamente un valor supraconstitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, sino que además ha previsto que los derechos fundamentales constitucionales sean interpretados a la luz del corpus juris en la materia,

Estado; II. El Estado resguardará de forma permanente las aguas fronterizas y transfronterizas, para la conservación de la riqueza hídrica que contribuirá a la integración de los pueblos".

129 Constitución de Bolivia, artículo 265: "I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana; II. El Estado fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígena originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo".

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

se puede suponer válidamente que el grado de adhesión al estándar establecido en el nivel internacional será importante.[130]

Igualmente la apertura en materia de la integración latinoamericana tiene un marcado acento en el propósito de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región, como lo reflejan distintas Constituciones sudamericanas (Brasil, Colombia, Venezuela, por citar algunas). Todo ello repercute en las condiciones de vida digna de los pueblos sudamericanos y, en consecuencia, gira en la órbita de los derechos humanos. De este modo, se identifica una convergencia para la construcción de un *ius constitutionale commune* a partir de la narrativa constitucional y a causa de la penetración de los instrumentos internacionales, interamericanos y mercosureños.

VI. Conclusión: el acervo del *ius constitutionale commune*

Existe un *ius constitutionale commune* apalancado por la internacionalización. Los Estados sudamericanos se han abierto al derecho internacional de los derechos humanos de manera progresiva. Los diez países han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Primer Protocolo Facultativo así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Igualmente el afán de eliminar cualquier forma de tortura se expresa en la ratificación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en el reconocimiento de la competencia del Comité para la eliminación de la discriminación racial.

[130] Burgorgue-Larsen, L., "Los estándares: ¿normas impuestas o consentidas?", en von Bogdandy, A. *et al*. (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, 2012, pp. 382 y 385.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Otro ámbito en el que los diez Estados comparten un *ius constitutionale commune* es para combatir el genocidio, rechazar la discriminación contra la mujer, garantizar los derechos de los niños. Con la excepción de Chile, que no ha ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la convergencia en estos estándares es absoluta y la penetración en el ámbito doméstico es íntegra. Incluso se constata un consenso total en cuanto a la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por parte de los diez Estados.

Somos testigos igualmente de un *ius constitutionale commune* forjado por la interamericanización. Al análisis de este fenómeno se dedican las reflexiones siguientes, sin dejar de reconocer que existe, si bien *in status nascendi*, también una mercosurización.[131]

Bajo diversas denominaciones, sea constitucionalismo regional (Flávia Piovesan)[132], constitucionalismo interamericano (Jorge Contese)[133] o *acquis conventionnel* (Humberto Nogueira),[134] por mencionar algunos, la doctrina alude al acervo interamericano contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la CADH, el Protocolo de San Salvador y en los instrumentos complementarios así como en la jurisprudencia de

131 Morales Antoniazzi, M., "La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones sudamericanas", en von Bogdandy, Armin *et al*. (coords.), *Estudos avançados de direitos humanos. Democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, Río de Janeiro, Elsevier Editora Ltda., 2013, pp. 178-227.

132 Piovesan, F., "Protección de los derechos sociales en el ámbito global y regional interamericano", en Saiz Arnaiz A. *et al*. (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Bilbao, 2011, p. 562.

133 Contesse Singh, J., "Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos", en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, pp. 251 y ss.

134 *Cfr*. Nogueira Alcalá, N., "El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno", *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, p. 29.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la CorteIDH. En la medida en que los Estados ratifican los instrumentos interamericanos, se enriquece dicho acervo para alcanzar una regionalidad plena, como sugiere Sergio García Ramírez.[135] Al revisar el estado de las ratificaciones de los países sudamericanos puede asumirse que hay una *quasi* plena subregionalidad. Venezuela es el único país que ha denunciado la CADH.[136] Sólo Chile y Venezuela no han ratificado el Protocolo de San Salvador sobre DESC, Brasil no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (DFP), Bolivia, Colombia y Perú no han ratificado el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Hay ámbitos claros de penetración de instrumentos del sistema interamericano, constituyendo un piso común, como es respecto al rechazo a cualquier forma de discriminación racial y la protección de grupos vulnerables como los niños, las mujeres, las personas con discapacidad. La Convención Interamericana contra el terrorismo, por ejemplo, también muestra un consenso generalizado con nueve Estados que la han ratificado, siendo Bolivia la excepción.

El *ius constitutionale commune* tiene como uno de sus pilares la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH y el deber de cumplimiento de sus decisiones por parte de los Estados,[137] ya que las mismas adquieren carácter definitivo e

135 Señala Sergio García Ramírez que se enriquece con las ratificaciones de los instrumentos por parte de todos los Estados, a la vez que continúa su tránsito hacia el acogimiento de otros temas aún no regulados en el sistema. *Cfr*. García Ramírez, S., "Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en García Ramírez y Castañeda Hernández (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, 2009, p. 28.

136 Disponible en *http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.pdf*.

137 Artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

inapelable.[138] Desde comienzos del siglo XXI advierte Antônio A. Cançado Trindade la necesidad de tener un claro entendimiento acerca del alcance de las decisiones de la CorteIDH para construir un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos y, afirma que

> el ejercicio de la garantía colectiva por los Estados parte en la Convención no debería ser sólo reactivo, cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo, en el sentido de que todos los Estados parte adoptaran previamente *medidas positivas* de protección en conformidad con la normativa de la Convención Americana. Es indudable que una sentencia de la Corte es "cosa juzgada", obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es "cosa interpretada", válida *erga omnes partes*, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados parte en la Convención en su deber de prevención.[139]

El acervo jurisprudencial está destinado no sólo a promover e incentivar avances a nivel doméstico, sino también a evitar retrocesos en los estándares de protección.[140] Del propio texto de la CADH en materia de reparaciones se infiere este alcance preventivo. En efecto, el artículo 63.1 estipula la facultad de la

138 Artículo 67.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "El fallo de la Corte será definitivo e inapelable…".

139 Presentación del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA): el derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. OEA/Ser.G, CP/doc. 654/02, 17 octubre 2002. Disponible en *http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/cancado_16_10_02.pdf*.

140 Carazo Ortiz, P., "El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica", en von Bogdandy, Armin *et al*. (eds.), *¿Integración sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009, p. 231; véase también Burgorgue-Larsen, L., "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos entre clasicismo y realidad", en Bogdandy, Armin von *et al*. (eds.), *¿Integración sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, *cit*., p. 311.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

CorteIDH, cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, "que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".[141] De ello surge el efecto resarcitorio (mirando al pasado), pero a la vez el efecto preventivo y resarcitorio (mirando al futuro). La no repetición de las violaciones a los derechos humanos es un componente central de la obligación que tienen los Estados de garantizar los derechos humanos prevista en los artículos 1.1 y 2 de la CADH y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para la CorteIDH la garantía de *no repetición* forma parte de las medidas positivas que el Estado debe adoptar para que la violación a los derechos humanos que ha sido analizada en el caso, no vuelva a ocurrir.[142]

Es indispensable acotar que para los países sudamericanos en cuestión, con la excepción de Venezuela y Bolivia,[143] rige la regla general de cumplimiento de las obligaciones convencionales contenida en el principio *pacta sunt servanda* y en la imposibilidad de invocar disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para el incumplimiento de los tratados, de

141 El Convenio Europeo tiene una formulación distinta respecto a la satisfacción equitativa porque tiene dos planos, primero la autoridad doméstica y luego el TEDH, que dice expresamente "Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa".

142 CorteIDH, caso del *"Caracazo" vs. Venezuela*. Reparaciones. Sentencia del 29 de agosto de 2002. Serie C No. 93, párr. 52.

143 Argentina (05.12.1972), Bolivia suscrito 23.05.69, sin ratificar, Brasil (25.09.2009), Chile (09.04.1981), Colombia (10.04.1985), Ecuador (11.02.2005), Paraguay (03.02.1972), Perú (14.09.2000), Uruguay (05.03.1982), Venezuela ni lo ha suscrito ni ratificado.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

conformidad con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.[144]

Las sentencias de un tribunal como la CorteIDH tienen alto impacto político. En el contexto sudamericano, la Corte ordenó la reforma de las normas constitucionales en Chile, específicamente el artículo 19 de su Constitución Política, a efectos de asegurar el cumplimiento del derecho a la libertad de expresión, mediante la supresión de la censura previa.[145] Al Estado colombiano le ha ordenado reiterativamente que reabra investigaciones cerradas en contra de miembros del Ejército, por paramilitarismo.[146] A Perú le ha ordenado que modificara las normas que permitían el juzgamiento de civiles por militares, a través de la "justicia sin rostro", por ser contrarias a la Convención.[147] Incluso las opiniones críticas en torno al alto grado de incidencia de las sentencias de la CorteIDH y el consecuente escaso margen de apreciación que se deja a los Estados, reconocen la relevancia de tal limitación en los caso de protección de los grupos más vulnerables.[148] En este sentido se interpreta que las decisiones de la CorteIDH repercuten en el "fortalecimiento de la vitalidad democrática de autoridades nacionales, en el reforzamiento de la capacidad institucional al interior de los Estados, y, en particular, de los tribunales.[149] Incluso

144 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigencia en enero de 1980.

145 CorteIDH, caso *"La última tentación de Cristo" vs. Chile*. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 4.

146 CorteIDH, caso de *"La Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 7.

147 CorteIDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 14.

148 Barbosa Delgado, F. R., "Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales", *Revista Derecho del Estado*, núm. 26, enero-junio de 2011, pp. 107-135.

149 Discurso del presidente de la CorteIDH, Juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

se advierte que si la tutela del ser humano es la decisión fundamental primordial en las Constituciones nacionales y en los textos internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge sin generar conflictos.[150]

Hasta el presente han tenido lugar sólo dos casos de "rechazo sistemático" al sistema interamericano acontecidos en Sudamérica. Como lo advierte Manuel Góngora, el rechazo sistemático se ha producido cuando "el gobierno tiene una influencia muy significativa sobre la rama judicial, y la supervisión del sistema interamericano es percibida como una amenaza para el régimen (*v. gr*. durante el gobierno de Alberto Fujimori en Perú) y/o una forma de intervención extranjera y de violación de la soberanía (*v. gr*. durante el gobierno de Hugo Chávez en Venezuela)".[151] En Perú no llegó a concretizarse el retiro de la Declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la CorteIDH por cuanto se dejó sin efecto la decisión al producirse el cambio de gobierno.[152] En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en lo concerniente a la sentencia de la CorteIDH, de fecha 5 de agosto de 2008, que ordenaba la reincorporación en el cargo de tres ex-magistrados,[153] decidió que el fallo del contencioso interamericano era "inejecutable" y añadió que con

150 Informe del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA, Sergio García Ramírez, Panamá, 6 de junio de 2007, p. 3. Disponible en *http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_06_06_07.pdf*

151 Góngora, M., "Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo", en von Bogdandy *et al*. (coords.), *Estudos avançados de direitos humanos direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Sao Paulo, 2013, pp. 324 y ss.

152 El 9 de julio de 1999, Perú procedió a depositar en la Secretaría General de la OEA, en el 2000 se reincorporó.

153 CorteIDH, caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Sentencia del 5 de agosto de 2008.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión.[154]

El deber de cumplimiento por parte de los Estados se ve reforzado por la garantía colectiva prevista en la propia CADH respecto al deber de la CorteIDH de enviar informes anuales a la Asamblea General de la OEA informándole, entre otros, el no cumplimiento de sus decisiones por los Estados Partes. Bajo la conocida estrategia *naming and shaming,* se persigue posibilitar gestiones diplomáticas para que el Estado pase a cumplir la decisión en cuestión. Le correspondería a la Asamblea General dictar una resolución recomendando a los demás Estados Parte de la OEA imponer sanciones económicas hasta que el Estado cumpla la decisión del Organismo del SIDH. Se trataría de una resolución no vinculante.[155] En el Informe Anual de la CorteIDH se incorporó el apartado titulado "IV. Aplicación del artículo 65 de la Convención Americana", en el que se destaca:

> La Corte Interamericana con fecha 23 de noviembre de 2012 emitió una resolución en donde estableció la negativa de Venezuela a dar cumplimiento a la sentencia de fecha 5 de agosto de 2008 en el caso

154 Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Expediente núm. 08-1572. Sentencia del 18 de diciembre de 2008. Disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html. Para un análisis crítico detallado *cfr*. Ayala Corao, C., *La doctrina de la "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, 2010.

155 Krsticevic, V., "Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos", en Krsticevic y Tojo (coords.), *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, 2007, pp. 15-112, especialmente 34-37.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. De conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte informa a la Asamblea General de la OEA que Venezuela, no ha dado cumplimiento a la sentencia mencionada, por lo que solicita que inste a dicho Estado a cumplir con la sentencia de la Corte.[156]

Se reseña como un hecho sin precedente en la historia de la OEA que un Presidente de la CorteIDH, en la clausura de la 43º Asamblea General, advierte que "con la decisión de inejecutar el fallo, Venezuela se coloca al margen de la ley en el orden internacional".[157]

El *ius constitutionale commune* también se ha conformado por la vía del diálogo jurisdiccional, constituyendo un positivo mecanismo de interamericanización de los órdenes nacionales. El impacto de las decisiones de un tribunal como la CorteIDH[158] a favor de la primacía y el efecto directo de las normas internacionales y convencionales encuentra una mayor legitimación por el hecho de tener fundamento en normas constitucionales. Con su labor pionera y audaz, la CorteIDH y las respuestas de los sistemas nacionales, en particular de las cortes supremas y tribunales constitucionales, pavimentan ese piso común. Se trata de una viva interacción entre las decisiones de la CorteIDH y el derecho interno de los países de la región. Diversas decisiones del Tribunal de San José impactan los procesos jurídicos e institucionales nacionales y los propios órganos jurisdiccionales domésticos se nutren de la

156 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2012. Disponible en *www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf*

157 "Corte notificará a la OEA que Venezuela está al margen del derecho internacional", *El Nacional*, 5 de junio de 2013. *http://www.el-nacional.com/politica/Carlos_Ayala_Corao-Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos-Diana_Lozano_Perafan-Organizacion_de_Estados_Americanos_0_202780020.html*.

158 Parra Vera, O., "El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al «empoderamiento institucional»", en von Bogdandy, Armin *et al*. (coords.), Ius constitutionale commune *en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, 2014, pp. 383 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

jurisprudencia interamericana en el llamado proceso de "nacionalización" del derecho internacional de los derechos humanos, en palabras de Diego García Sayán.[159] Sirven de ejemplo decisiones en ámbitos medulares del largo y complejo proceso de construcción afirmativa de la tesis de que las decisiones jurisdiccionales internacionales deben servir como interpretación directriz para los tribunales nacionales.[160]

A fin de ilustrar el diálogo jurisdiccional como elemento configurador del *ius constitutionale commune* se puede acudir al ejemplo particular de la Corte Constitucional colombiana (CCC), emblemática en cuanto a la permeabilidad de otros órdenes normativos a través de las citas y referencias, incluyendo el sistema interamericano. Como refleja Humberto Sierra, la CCC "se centra en fijar, tanto en sentencias de constitucionalidad como en sentencias de tutela, la interpretación de los derechos fundamentales de grupos minoritarios o tradicionalmente discriminados, como las mujeres, los indígenas y las personas de escasos recursos económicos", en las cuales toma en consideración

> los tratados internacionales sobre derechos humanos del sistema universal de Naciones Unidas y del sistema regional de la Organización de Estados Americanos, así como a las interpretaciones que de ellos han hecho los respectivos organismos competentes, tales como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,

159 García Sayán, D., "Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos", *La Corte Interamericana de Derechos Humanos un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, 2005, p. 325.

160 Entre tantos, véase en torno al caso de las amnistías Binder, C., "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", *German Law Journal*, 2011, pp. 1203-1229. También CCC, Sentencia C-695/02, del 28 de agosto de 2012. Disponible en *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-695-02.htm*; Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Mazzeo, Buenos Aires, La Ley, 2007-D, p. 426; Caso Videla y Massera, 31 de agosto de 2010, considerando núm. 8. Cierta tensión en Uruguay. *Cfr*. CEJIL denuncia sentencia de la Suprema Corte de Justicia, Montevideo, 25 de febrero de 2013. Disponible en *https://www.cejil.org/comunicados/cejil-denuncia-sentencia-de-la-suprema-corte-de-justicia*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[161]

El mecanismo del control de convencionalidad también contribuye a configurar y expandir el *ius constitutionale commune*. Se trata de un proceso de ajuste a la CADH, que da origen al fenómeno que denomino como interamericanización, caracterizado precisamente por la expansión de los estándares de la CorteIDH en los respectivos órdenes domésticos. Comprende el alcance de los derechos fijados por el órgano jurisdiccional, estableciendo estándares normativos así como las restricciones permitidas en una sociedad democrática, precisando las obligaciones positivas de los Estados, utilizando los estándares internacionales y de otras latitudes. Uno de los aportes esenciales y a la vez uno de los desafíos permanentes de la Corte interamericana se centra, precisamente, en la capacidad de guiar la actuación de los Estados democráticos y la jurisprudencia de los tribunales nacionales. Con el mecanismo de control de convencionalidad, que debe ser ejercido *ex officio* por todas las autoridades y no sólo del Poder Judicial",[162] emerge, como destaca Eduardo Ferrer Mac-Gregor,

> un nuevo entendimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos al concebirse ahora como un "sistema integrado", que involucra las instancias interamericanas (Comisión y CorteIDH) y autoridades nacionales de los Estados parte del Pacto de San José, lo que "está forjando progresivamente un auténtico *ius constitutionale commune americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.[163]

161 Sierra, H., "Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana", en Bazán, V. y Nash, C., *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011,* Bogotá, 2012, pp. 135 y ss.

162 Caso *Gelman vs. Uruguay.* Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 193 y 239.

163 Ferrer Mac-Gregor Poisot, E., Voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013, supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Algunos rasgos acerca de la conveniencia de un control de convencionalidad se esbozaron por el juez Sergio García Ramírez en sus votos concurrentes a partir de 2003.[164] La partida de nacimiento es la sentencia en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,[165] que se reconoce como *leading case*. La Corte está 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 por que 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.[166] El control de convencionalidad ha sido expansivo.

En palabras de Néstor Sagüés, el "control de convencionalidad" cumple un doble papel, pues invalida la aplicación de las normas nacionales (incluso las constitucionales) opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la propia CorteIDH, a la vez que obliga a interpretar todo el derecho nacional conforme al Pacto y a la jurisprudencia, excluyendo las interpretaciones que

164 En algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez. *Cfr.* sus votos en los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27; caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, párr. 3; caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, párrs. 6 y 12.

165 CorteIDH, caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154, párrs. 123-125.

166 CorteIDH, caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, párr. 124.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

se opongan a éstos.[167] El parámetro del "control difuso de convencionalidad" por parte de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad), es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la CorteIDH que la interpreta.[168] Como lo ha ilustrado Sergio García Ramírez, en su voto razonado en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, el parámetro del "control de convencionalidad" es muy amplio y comprende todo el *corpus iuris*.[169] En la especie, al referirse a un "control de convencionalidad" la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. La finalidad es que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado.

Conforme lo apunta Humberto Nogueira, todo juez de un Estado Parte, sea ordinario o constitucional, está llamado a desarrollar el control de convencionalidad "en aplicación del deber jurídico de respetar y garantizar los derechos convencionales de conformidad con el artículo 1 de la CADH, y la obligación de aplicar las medidas jurisdiccionales para asegurar la adecuación al sistema interamericano exigida por el artículo 2o. de la misma CADH, *aplicando como estándar mínimo los atributos de los derechos y garantías contenidos en la CADH y el corpus iuris interameri-*

167 Sagüés, N. P., "Dificultades operativas del 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano", *La Ley*, Buenos Aires, 2009, p. 1.

168 CorteIDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 227.

169 Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, respecto de la sentencia del caso citado, de 24 de noviembre de 2006, párr. 3.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cano, lo que constituye un *control diferente* y distinto del control de constitucionalidad", pues obedecen a distintos parámetros de control, el primero es "el *corpus iuris interamericano,* cuyo texto central y básico es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras que el control de constitucionalidad tiene como parámetro básico la Constitución Política de la República".[170]

Existe ya reconocimiento expreso de la justicia nacional hacia el control de convencionalidad en los términos expuestos por la propia CorteIDH, lo que permite dar un paso más en la construcción de la doctrina porque le otorga mayor legitimidad. El ejemplo de la CSJN argentina ilustra este proceso en tanto admite que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que 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, tarea en la que 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.[171]

Ciertas voces se manifiestan contrarias a esta nueva figura del control difuso de convencionalidad, argumentando que la jurisprudencia de la CorteIDH no es unívoca y refleja deficiencias conceptuales al confundir el control de convencionalidad que es ejercido por el órgano interamericano con la "interpretación de derecho y libertades acorde a tratados" que corresponde a cargo

170 Nogueira Alcalá, H., "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011", *Estudios Constitucionales,* vol. 10, núm. 2, 2012, p. 64.

171 CSJN Argentina Fallos: 330:3248, considerandos 20 y 21.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de los poderes judiciales nacionales.[172] Sin embargo, la postura asumida en este trabajo coincide con la valoración formulada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

> la trascendencia de la nueva doctrina sobre el `control difuso de convencionalidad´ es de tal magnitud, que probablemente en ella descanse el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico "diálogo jurisprudencial" —entre los jueces nacionales y los interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.[173]

El camino posible para avanzar en el *orden público democrático* es aplicar los estándares jurisdiccionales. El desafío mayor es avanzar en el entendimiento del Estado abierto como *conditio sine qua non* de la protección internacional y, en particular, la supranacional, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. Las decisiones nacionales están bajo la supervisión de las autoridades supranacionales y por ello no se trata de un *domaine réservé* del Estado. La doctrina mayoritariamente se inclina por esta opción así como también los tribunales nacionales, a través del diálogo jurisdiccional y el control de convencionalidad.

172 Castilla, K., "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2011, pp. 605 y ss. Disponible en *http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf*

173 *Cfr*. Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la CorteIDH en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010, párr. 88.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

SOBERANÍA, ESTADO Y GLOBALIZACIÓN

Calogero PIZZOLO*

I. NOCIONES PRELIMINARES

Si tuviéramos que escoger palabras que, por sí solas, pudieran ser representativas del presente de la humanidad la palabra *globalización* sería sin duda una de ellas. Pocas palabras como la citada poseen una intrínseca propiedad descriptiva de la actualidad. La globalización ha hecho del mundo una "gran aldea" donde las distancias materiales se han reducido a formas de realidad virtual que permite la interacción entre personas y, por ende, culturas desarrolladas a miles de kilómetros de distancia entre sí. Con el auxilio de la ciencia y la tecnología, las cuales parecen no encontrar techo en su crecimiento, las distancias se han diluido y, en consecuencia, las sociedades se han ensamblado en un gran conglomerado amorfo donde las identidades y particularidades nacionales procuran subsistir.[1]

* Catedrático Jean Monnet. Profesor de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

1 En paralelo a su desarrollo, la globalización —analizada como la "mundialización" de la economía— ha cosechado detractores que ven en ella la manifestación de fantasmagóricos poderes para-estatales que licuan los derechos y libertades los cuales, entienden, sólo el Estado-Nación puede garantizar. Una parte de la doctrina española se ha adherido a estas críticas, por ejemplo, sosteniendo que el concepto mismo de "aldea global" resulta "radicalmente incompatible con el Estado constitucional como forma histórica de convivencia y como instrumento de emancipación humana". La creación de una aldea global, se afirma, "como marco de referencia alternativo al del Estado supone, pura y simplemente, la sustitución de la lógica política democrática por la lógica económica de la globalización". *Cfr*. Tajadura Tejada, Javier, "¿El ocaso de Westfalia? reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, núm. 123, enero-marzo de 2004, pp. 321-323.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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*. De tal forma que, los ordenamientos jurídicos nacionales, se muestran cada vez más permeables a la influencia del derecho internacional y de sus distintas variables normativas. La *interconexión económica* o de los llamados "mercados de capitales" aparece también en forma de *interconexión jurídica*. Así como la crisis económica 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. Ello se hace evidente particularmente en materia de los llamados derechos humanos donde, motorizado por las interpretaciones de los organismos internacionales de control, los instrumentos internacionales en esta materia son dotados de un contenido uniforme en la forma de parámetros de legalidad para su aplicación que obligan a todos los poderes públicos del Estado.

Ahora bien, el proceso que señalamos también despierta grandes interrogantes. De Vega[2] ha escrito al respecto 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".

¿Qué sucede con la noción de soberanía en todo este proceso de globalización? La noción que permitiera en el pasado la con-

[2] Véase Vega García, Pedro de, "Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 100, abril-junio de 1998, pp. 14-17.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

solidación del Estado-Nación como era de esperarse no podría resultar ajena a las consecuencias de la apuntada globalización. Pero para entender mejor la relación que la soberanía entabla con la contemporaneidad debemos atender, aunque más no sea brevemente, a los orígenes del término.

II. La noción de soberanía y el nacimiento del Estado moderno

El desarrollo de la noción de soberanía va a contribuir de forma determinante a la formación del Estado moderno. La soberanía, como nos recuerda García Gestoso, se expresó entonces como un

> poder por esencia estatal, propio de la unidad y omnipotencia del Estado que surge. Y es que la soberanía trata de responder a la necesidad de encontrar una nueva forma de ordenación de la totalidad de la vida pública. Conllevará, por tanto, una manera distinta de entender el poder, que se concreta en ciertas notas específicas, perfectamente delimitables, que le dan su sustancia y sirven para definirlo.

La generalización y globalización de un *sistema de Estados* se produce en Europa a partir del siglo XVI,[3] "e indudablemente a ello contribuyeron decisivamente las formulaciones doctrinales sobre la soberanía".[4]

Particularmente fue en Francia donde desde que al decaer el feudalismo empezó a afirmarse la monarquía, se daba el nombre de *soberano* (del latín *superanus* que quiere decir sobre todos) a la autoridad suprema que, en el orden político o en cualquier otro, regía sin

3 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.

4 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", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 120, Nueva Época, abril-junio de 2003, pp. 301 y 302.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

admitir otra superior. En la segunda mitad del siglo XV, el rey Luis XI centralizó el poder en su persona. La noción de propiedad (*dominium*) y la de la soberanía (*imperium*) se confundían en un solo titular: el monarca. Así, la soberanía en cabeza del monarca era *absoluta e indivisible,* lo que dotaba al Estado de una verdadera impermeabilidad frente a cualquier cuerpo extraño que pudiera afectarlo.

Se señala a Bodino y su obra *Los seis libros de la República* (1576) como el responsable de dotar a la noción de soberanía de un valor conceptual aun hoy en gran parte vigente. Bodino se enfrenta en Francia a la primera gran crisis de un Estado moderno. Su obra y pensamiento irán dirigidos a superar esa situación ya que considera el Estado esencial para garantizar la paz. De este modo, nada tiene de extraño que la principal aspiración de Bodino sea encontrar un remedio para superar la *crisis estatal* a través del reforzamiento de su poder. Tanto a él como los demás integrantes de un pequeño grupo de juristas e intelectuales que constituían una especie de partido en la época llamado *les politiques*,[5] compartían una común dedicación a fundamentar doctrinalmente un poder fuerte —que 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 en su citada obra acuñará el concepto de soberanía, "con el carácter y sentido que se concede al término en Teoría política y jurídicamente. De este modo, procede a dar cobertura teórica al resultado de la praxis política, que había concentrado en el Estado, como nuevo centro de poder, los principios y potestades de toda índole, hasta entonces dispersos".[6] Al entrar en la ontología del poder, en su esencia, el pensador francés definirá la soberanía como: "el poder absoluto y perpetuo de una república... no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo".[7]

5 Reciben esta denominación por el hecho de buscar una salida política a la situación de la comunidad, haciendo abstracción de las religiones concretas en liza. Su común aspiración era la unión nacional en la paz.

6 García Gestoso, Noemí, "Sobre los orígenes históricos…", *cit*., p. 315.

7 Bodino J., *Los seis libros de la república*, Madrid, Aguilar, 1973, p. 48.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En consecuencia, conforme a Bodino, el príncipe soberano "sólo está obligado a dar cuentas a Dios"[8] y sujeto a "las leyes divinas y naturales".[9] Dado que después de Dios, nada hay mayor sobre la Tierra que los príncipes soberanos; quien menosprecia a su príncipe soberano menosprecia a Dios, del cual es su imagen sobre la Tierra.[10] Como observamos, la soberanía aparece aquí anudada a una idea de *totalidad universal*, no es posible pensar en una *fragmentación*: "La soberanía pierde su grandeza si en ella se practica una abertura para usurpar algunas de sus propiedades".[11]

Heller[12] atribuye el concepto de soberanía que construye Bodino 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.

Schmitt afirma que en la mayor parte de los Estados de Europa, "la unidad política fue obra del absolutismo monárquico". En España, Francia, y en los Estados territoriales alemanes, se desarrolla el Estado moderno al hacerse "absoluto" el príncipe, es decir —según Schmitt— mediante la supresión de los bien ganados derechos feudales y estamentales y el quebrantamiento y aniquilación del principio de la *legitimidad del status quo* en que descansa aquella situación feudal. Las formaciones políticas así surgidas eran monarquías absolutas. Consiste lo *absoluto* en que "el príncipe es *legibus solutus*, es decir, que está autorizado y en condiciones de despreciar, por razones políticas, sobre las que sólo él decide, las pretensiones legítimas de los estamentos y los privilegios y gobiernos existentes".[13]

8 *Ibidem*, p. 48.

9 *Ibidem*, p. 52.

10 *Ibidem*, p. 65.

11 *Idem*.

12 Heller, Hermann, *La soberanía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 80.

13 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, cap. 6, p. 70

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 la representa. Sin embargo, la misma noción de la soberanía sobrevivirá a la caída de los monarcas del absolutismo, encontrando un nuevo sujeto que lo detente —el poder pasa al pueblo el nuevo soberano— pero manteniendo su *carácter absoluto*.

La historia del proceso de *despersonalización* de la soberanía —escribe Heller—,[14] va unido a las leyes inmanentes del pensamiento renacentista, es la historia de la despersonalización total del mundo. En oposición al hombre medieval, el hombre moderno prefirió someterse al poder ininfluenciable e impersonal de la ley, antes que al poder de una persona. El ideal de la impersonalidad y objetividad se presenta en el mundo moderno como el principio estructurador del Estado.

Rousseau en su obra *El contrato social* (1792) mantiene que la soberanía, aún cuando implicaba un poder absoluto y supremo, pertenecía exclusivamente al pueblo y era inalienable. Es decir, la soberanía no podía ser transferida por su titular el pueblo a un órgano del Estado: "la voluntad general (*volonté général*) puede únicamente dirigir las fuerzas del Estado de acuerdo con los fines de su institución, que es el bien común".[15]

La soberanía viene entonces definida por Rousseau como el ejercicio de la aquella voluntad general, la cual jamás deberá enajenarse: "el poder se trasmite, pero no la voluntad".[16] La soberanía para este contractualista francés no es sólo inalienable sino, por la misma razón, es indivisible: "la voluntad es general, o no lo es".[17]

14 Heller, Hermann, *La soberanía*…, *cit*., p. 85.

15 Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Porrúa, 1992, p. 14.

16 *Idem.*

17 *Idem.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La despersonalización de la soberanía implica un cambio radical en su *titularidad* o sea en el sujeto que la detenta. Hasta aquí el monarca era quien ostentaba el *título de soberano*. La relación entre gobernante y gobernado se presentaba como una relación entre amo y esclavo, señor y siervo. La voluntad del monarca era siempre obligatoria para sus súbditos. Las revoluciones de la modernidad van a *redistribuir* la titularidad de la soberanía entre el *pueblo* el cual, en un acto voluntario, delega el *ejercicio* de sus atributos en el Estado. En el marco de esta delegación nace una nueva relación entre gobernante y gobernado. El Estado —no ya un monarca— se encuentra atado al *interés general* en razón de que lo que ejerce son atributos de un poder soberano que, en forma absoluta, radica ahora en una *unidad social de componentes heterogéneos*.

La despersonalización de la soberanía —como se adelantó— no implica necesariamente su refundación conceptual. Su *tonalidad absoluta* perdura ahora en la figura del pueblo. De Vega señala en este sentido 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".[18]

Esta es la noción de soberanía que se transnacionaliza a través del clásico derecho constitucional expandiéndose así por el mundo y que encontrará refugio —al desaparecer el manto real que la acobijaba— en la noción de poder constituyente.

III. El poder constituyente y el problema de la legitimidad fundacional

Frente a la *ruptura* generada por el poder revolucionario del orden legal vigente bajo el absolutismo monárquico, aparece el

[18] Vega García, Pedro de, "Mundialización y derecho constitucional…", *cit*., p. 25.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

problema de la legitimidad fundacional. La ruptura sobreviene cuando el poder abandona su forma jurídica, que no sólo lo contiene sino que lo justifica, en lo que hace a su ejercicio. La primera consecuencia jurídica de una ruptura, por lo tanto, es la *orfandad* de todo el orden jurídico al desconocer las normas básicas de referencia vigentes que lo dotaban de legitimidad y permitían inferir su validez jurídica. El *poder normativo* pierde su punto de apoyo, su *autoridad* es borrada. El nuevo poder, autor de la ruptura, enfrenta su mayor desafío: el de volver a dotar de legitimidad su ejercicio normativo. Se reabre así la cuestión sobre la *legitimidad fundacional*.

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.[19]

Apunta Díaz Ricci que toda la construcción teórica de Sieyès puede agruparse alrededor de dos ideas básicas, de las cuales se derivan una serie de consecuencias. La primera idea fundamental es la existencia de un poder más importante, superior, diferente, previo a cualquier otro, que sanciona las normas básicas sobre organización de la convivencia estatal a través de un acto racional, deliberado y sincrónico. La segunda idea fundamental, es que esta potestad suprema y única deriva del cuerpo social. Al ponerse a la comunidad como fuente del poder constituyente se hace patente la inspiración rousseauniana de la construcción de Sieyès. Sobre la base de estas dos ideas, el abate elabora toda una serie de conceptos que tenían un propósito político muy determinado: "brindar una sólida doctrina a la Revolución en Francia". La noción de poder constituyente, en consecuencia, está íntimamente vinculada a la cuestión de la creación y re-creación de una consti-

19 Véase especialmente el capítulo V. Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état?* (*Qué es el tercer estado?*), consultar diversas traducciones en español.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tución. Es una *idea operativa* que sirve "para explicar y justificar el alumbramiento democrático de un documento constitucional. Representa el principio generador de un cuerpo de normas peculiares referidas al ordenamiento fundamental del Estado". Dicha noción "procura dar respuesta a la pregunta de cómo se origina una Constitución en un país donde el pueblo es soberano". Sobre la idea de poder constituyente, "se hace posible una teoría constitucional como un sistema autónomo". [20]

Con notable intuición intelectual, y guiado por el instinto del gran político, fue Sieyès el primero en percatarse de la inconsistencia de un sistema en el que precisamente el "acto constitucional, a cuyo través debería adquirir realidad histórica concreta el Estado constitucional, quedaba convertido en una operación fantasmal". Para no transformar al acto constitucional "en un puro y simple ejercicio de fantasías y quimeras elabora Sieyès la doctrina del Poder Constituyente". [21]

¿Cuánto de aquél *carácter absoluto* que anidó en la noción de soberanía en la que el monarca legitimaba su poder real sobrevivió después de la ruptura, en la naciente teoría del poder constituyente bajo la afirmación de la "soberanía absoluta del pueblo"? De Vega al describir la naturaleza del poder constituyente como un poder soberano, esto es "un poder absoluto y total", afirma que lo que se hace en realidad es trasladar e incorporar a la organización democrática moderna la doctrina de la soberanía, tal y como había sido teorizada por Bodino, y conservada en la tradición de la monarquía absoluta. De esta forma, concluye el autor español citado, de igual manera que el príncipe se hallaba *supra leges* y quedaba *legibus solutus*, el poder constituyente "se concebirá también fuera de toda limitación". [22] El propio Sieyès lo expuso

20 Diaz Ricci, Sergio M., *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 85-87.

21 Vega García, Pedro de, "Mundialización y derecho constitucional…", *cit*., p. 41.

22 Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 28.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

con contundencia al sostener que, el poder constituyente, "todo lo puede", y "no se encuentra de antemano sometido a ninguna constitución". Por ello, "para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y de todo control, salvo los que a él mismo le pluguiera adoptar".[23]

Arendt, autora contemporánea que como pocos indagó en la anatomía del poder, en sus estudios *Sobre la revolución* afirma que es perfectamente natural que una revolución esté predeterminada por el tipo de gobierno que viene a derrocar. En este sentido, nada tan plausible como explicar el "nuevo principio absoluto", la "revolución absoluta", en función de la monarquía absoluta que la precedió y llegar así a la conclusión de que "cuanto más absoluto sea el gobierno más absoluta será la revolución que le reemplaza". La Revolución francesa —al igual que la Revolución rusa en el siglo XX— en su opinión son la prueba del ejercicio de un poder absoluto. Qué otra cosa hizo Sieyès —se pregunta Arendt— sino colocar la soberanía de la nación en el lugar dejado vacante por el rey soberano. Podía haber habido algo más natural para él que poner a la nación por encima del derecho, del mismo modo que la soberanía de los reyes de Francia había dejado de significar, desde hacía ya mucho tiempo, independencia de los pactos y obligaciones feudales, para significar, al menos desde la época de Bodino, el absolutismo del poder real, una *potestas legibus soluta*, un poder desligado de las leyes. Puesto que la persona del rey había sido no sólo la fuente de todo el poder secular, sino que su voluntad era el origen de todas las leyes positivas, "la voluntad de la nación tenía que ser evidentemente, a partir de ahora, el derecho mismo".[24]

Se señala entonces una continuidad, allí donde se supone opera la ruptura. Debido a que se suponía que el rey representaba la voluntad de Dios en la tierra, razona Arendt, la suya era fuente

23 Exposición hecha ante el Comité Constitucional de la Asamblea el 20 de julio de 1789. Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional*…, *cit*., p. 28.

24 Arendt, Hannah, *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2006, pp. 210 y 211.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de poder y del derecho y era este origen común el que hacía al derecho poderoso y al poder legítimo. Por ello,

> cuando los hombres de la Revolución francesa pusieron al pueblo en el lugar del rey, les pareció perfectamente natural ver en el pueblo no sólo, según la antigua teoría romana y los principios de la Revolución americana, la fuente y asiento de todo poder, sino también el origen de todas las leyes.[25]

El monarca absoluto —a diferencia del rey limitado constitucionalmente— representaba algo más que la vida potencialmente perpetua de la Nación, de tal forma que el grito "el rey ha muerto, viva el rey" significaba que el rey es una corporación que no muere nunca; encarnaba también sobre la tierra un origen divino en que coincidían derecho y poder.

Es posible que estemos en presencia de la que, muy probablemente, sea una *marca* de distinción del poder como absoluto. Marca que, en opinión de Arendt, los revolucionarios estadounidenses había borrado al momento de consumar la ruptura: "hacer derivar derecho y poder de un origen común". Para ellos, el asiento del poder se encontraba en el pueblo, pero la fuente del derecho iba a ser la Constitución, un documento escrito, una entidad objetiva y duradera que, sin duda, podía concebirse de mil modos distintos e interpretarse de formas muy diversas y que podía cambiarse y reformarse de acuerdo a las circunstancias, pero que, sin embargo, nunca fue concebida como un "estado de ánimo, como la voluntad".[26] En la Francia de la revolución, Sieyès propuso un camino distinto, *poder y derecho dependían de la Nación, o más exactamente, de la voluntad de la nación*, la cual estaba situada "más allá y por encima de todos los gobiernos y todas las leyes.

25 *Ibidem*, p. 212.

26 *Ibidem*, pp. 212 y 213.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

IV. El final de la Segunda Guerra Mundial: desarrollo de un derecho supranacional de la integración europea y del derecho internacional de los derechos humanos y los sistemas internacionales de protección

El carácter absoluto que la noción de soberanía ha exhibido desde su creación va a sufrir un lento proceso de desgaste que indefectiblemente conducirá, por primera vez en su historia, a su *fragmentación*. Para ello fue necesario que los defensores de los absolutismos del siglo XX —representados por doctrinas autoritarias y totalitarias— fueran derrotados definitivamente en el campo de batalla.

La visión que se impone en la Europa de la posguerra es la de una *apertura* del ordenamiento jurídico interno hacia los fenómenos jurídicos que irán creciendo en el derecho internacional, y el consiguiente abandono de las tesis extremistas hasta ahora dominantes que promovían un marcado *aislacionismo* y *encierro nacionalista*. La vocación expansionista germana —al igual que en su momento la francesa con Napoleón I— quedarán heridas de muerte, significando 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.

Escribe Cassese[27] que, junto a su apogeo en la primera mitad del siglo XX, por efecto de los nacionalismos, el Estado comienza, en la segunda mitad del mismo siglo, a declinar. Esta crisis afecta al Estado tanto en su ámbito interno como externo. Hacia dentro, los Estados se fragmentan en regiones y organismos nacionales en ocasiones hostiles al gobierno central. En el plano exterior, los Estados "ceden su soberanía a organizaciones internacionales generales y especiales, a institutos de cooperación y a organismos supranacionales". Algunos de estos organismos son "ordenamientos completos" dotados de una pluralidad de sujetos,

27 Cassese, Sabino, "L'Unione Europea come organizzazione pubblica composita", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Milano, Giuffré editore, año X, núm. 5, 2000, p. 988.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

organizaciones y normas, otros en cambio son "ordenamientos incompletos". Pero todos ellos representan "un signo de la debilidad del Estado, de su pérdida de soberanía".

La Europa que describimos presenta un escenario propicio para el desarrollo de textos constitucionales. Frente al vacío jurídico originados en la derrota de las *formas absolutas y dogmáticas* asociadas a una rígida visión de la soberanía estatal —a partir de ahora indisolublemente ligadas a las expresiones nacionalistas extremas e intolerantes— los casos de Francia,[28] Italia[29] o Alemania[30] testimonian lo dicho.

28 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 artículo 88-1 a 88-5).

29 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). Las palabras pronunciadas por Corsanego en la Asamblea Constituyente donde la citada norma se concibió despejan cualquier duda: "hacer una Constitución moderna que finalmente rompa el actual cerco de soberbia y de nacionalismo, y sea una mano extendida hacia los otros pueblos, en el sentido de aceptar, de un lado, las limitaciones de soberanías en interés de la paz internacional y, del otro, reconociendo una autoridad superior que dirima todas las controversias... sería ubicar a la República italiana entre los pioneros del derecho internacional". Cassese, Antonio, "Lo Stato e la comunitá internazionale", en Branca, Giuseppe, *Commentario della Costituzione*, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano, 1982, p. 578.

Sacerdoti, por su parte, sostiene que las normas constitucionales italianas en materia internacional dejan ver, más específicamente, una apertura notable hacia la colaboración internacional la cual comprende, entre otras cosas, la potencial renuncia a la soberanía estatal en el cuadro de las organizaciones supranacionales. Sacerdoti, Giorgio, "L'Italia e la comunitá internazionale", *La costituzione italiana. Il disegno originario e la realtá attuale*, Milán, Dott. A. Giufré Editore, 1990, p. 132y 133).

30 En ninguna otra Constitución alemana son tan estrechas las conexiones con el orden jurídico internacional como en la Ley Fundamental de Bonn (1949).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 "propias o naturales" del Estado, en dirección de organizaciones e instituciones producto

Desde el preámbulo se leen frases como "alentado por la voluntad de servir a la 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 (artículo 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*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 867 y 868 (sin resaltar en el original).

Para Simson y Schwarze, la opción constitucional por la cooperación internacional, desplegada en el Preámbulo y en el artículo 24.1, otorga a la República Federal el fundamento constitucional suficiente para participar en la creación de organizaciones internacionales dotadas de potestades soberanas, cuyas decisiones puedan vincular jurídica y directamente a los Estados miembros y sus ciudadanos. Con esta apuesta por las relaciones internacionales, la Ley Fundamental ha sentado internamente las bases para desarrollar fórmulas especiales de cooperación supraestatal, las cuales van más allá de la mera colaboración en tradicionales organizaciones internacionales, Simson, Werner von y Schwarze, Jorge, "Integración europea y Ley Fundamental. Mastrique y sus consecuencias para el derecho constitucional alemán", *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, 1996, p. 32.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de la integración regional. Dichas fórmulas constitucionales constituyen una nueva y no menos importante categoría que aporta el derecho constitucional transnacional a los derechos constitucionales nacionales, introduciéndose de este modo en las Constituciones de todo el mundo.[31]

Se crean así, entre los vencedores y los vencidos, las entonces Comunidades Europeas. Se da comienzo a un proceso de integración regional que, en su dimensión jurídica, llevará al desarrollo de un derecho supranacional —como una variable normativa del derecho internacional clásico que lo acuña— el llamado primero derecho comunitario, hoy derecho de la Unión Europea. Este derecho propondrá, y luego coronará, una radical transformación de las categorías del derecho constitucional tal cual fueron maduradas en su momento por el constitucionalismo clásico. 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 una concepción absoluta a otra más compatible con las corrientes de transnacionalización.[32] Sucede que el proceso que culmina con la creación de la Unión Europea "ha transformado sustancialmente la situación del Estado y la de sus propias instituciones", por ejemplo, con la desaparición selectiva de las fronteras.[33]

31 Entre las Constituciones que podemos citar, además de la mayoría europea, podemos citar la de nuestro país (artículo 75 inc. 24), Paraguay (artículo 145), Colombia (artículos 150 inc. 16 y 227), Venezuela (artículo 153) entre muchas otras (véase un análisis detallado de estas fórmulas en nuestro *Derecho e integración regional*, EDIAR, Buenos Aires, 2010, cap. II).

32 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", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, núm. 48, 1996, pp. 18 y ss.

33 Véase Pérez Calvo, Alberto, "Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa comunitaria", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 99, enero-marzo de 1998, p. 10.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En la práctica, lo expuesto significará una traslación de competencias,[34] 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 y casi exclusiva al derecho interno para *cohabitar* con normas básicas de referencia foráneas que aplican su propios métodos de validez jurídica. 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 tribunales constitucionales —custodios de la Constitución, máxima referente de la validez jurídica interna— y los jueces custodios del derecho supranacional personificado en sus atributos de primacía, incorporación automática y efecto directo.[35]

Esas competencias 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.[36]

La Europa unida más allá de los ejércitos por un *derecho común* va a ser portadora de otra novedad: la creación de todo un sistema continental de protección de los derechos humanos. Este

34 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.

35 Rodriguez Iglesias, Gil Carlos, "Tribunales constitucionales y derecho comunitario", *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez De Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1179 y ss.

36 *Cfr*. Pérez Calvo, Alberto, "Las transformaciones estructurales del Estado-Nación…", *cit*., p. 13.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

novedoso sistema de protección es parte de la expresión de una segunda corriente —también con partida de nacimiento en el clásico derecho internacional— que alimenta la fase descendente de la transnacionalización del derecho constitucional: el derecho internacional de los derechos humanos.

Tempranamente, fue nuestro continente americano el primero en consensuar una declaración de derechos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, DADDH, 1948).[37] Inmediatamente después, la humanidad —en el marco de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, O.N.U)— alcanzó una Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH, 1948).[38] Luego, comienzan a formalizarse otras declaraciones regionales como el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales (en adelante Convenio Europeo, 1950) en el marco del Consejo de Europa, o bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH, 1969) en la Organización de Estados Americanos (en adelante O.E.A)[39] y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que entró en vigor el 21 de octubre de 1986.

Estas declaraciones, a diferencia de muchas de las declaraciones del siglo XVIII y XIX, no se agotan en proclamas o nobles principios. Se van a distinguir, como vemos de inmediato, por crear mecanismos internacionales de protección y organismos internacionales de control.

La primera *fragmentación* que produce la fase descendente que estudiamos la va a padecer entonces la noción de soberanía, o mejor dicho, los componentes absolutos que sobreviven en ella

37 Aprobada en mayo de 1948 por la Novena Conferencia Interamericana, seis meses antes que la DUDH.

38 La influencia de este texto —clave en la fase descendente que estudiamos— ha sido notoria en las Constituciones sancionadas después de 1948, especialmente en aquellos Estados que obtienen su independencia después de esa fecha.

39 Aprobada en 1969 por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

desde la época de su desarrollo por el absolutismo monárquico en el siglo XV.

V. Soberanía y globalización

Las dos corrientes que se consolidan con la apertura de la fase descendente, directamente atacan los *atributos* que la noción de soberanía hereda de las circunstancias históricas donde se engendró. Entonces se teorizó sobre la soberanía como un poder absoluto, ilimitado, indivisible, inapelable, incontrolable, independiente *ad extra* y supremo *ad intra*. Todo aquel armazón teórico amenaza con perderse hoy.

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. En efecto, 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 políticas de Estado. La consolidación de organismos internacionales de control como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) o bien el Comité de Derechos Humanos (O.N.U), 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. 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.

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: el primero, afirma el autor citado, en tanto designa la completa independencia del Estado de

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

vínculos jurídicos internos y externos; el segundo, en tanto representa el estatus subjetivo de pertenencia a una comunidad política dada.[40] Ferrajoli sostiene que la Carta de Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), al menos en un plano normativo,

> transformaron el orden jurídico del mundo, llevándolo del estado de naturaleza al estado civil. Los Estados 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. Por una parte, la prohibición contra la guerra defendida por Naciones Unidas suplantó el *ius ad bellum* que siempre había sido su principal atributo. Por otro lado, la santificación de los derechos humanos en la Declaración de 1948 y los tratados de 1966 hizo de ellos no sólo derechos constitucionales sino supraestatales, 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 supraestatal*.[41]

Para el autor citado 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)[42] —que reforma el Tratado de la Unión Europa y crea el Tratado de Funcionamiento de la Unión

40 Ferrajoli, Luigi, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", *ISONOMÍA*, núm. 9, octubre de 1998, p. 173.

41 *Ibidem*, p. 177. Sin resaltar en el original.

42 Tribunal Constitucional checo, *Tratado de Lisboa I*, sentencia Nr. 19/08 de 26 de noviembre de 2008.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Europea hoy vigentes—, 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".[43]

Desde el punto de vista del derecho constitucional moderno, razona el Tribunal Constitucional checo, la soberanía no tiene por qué significar sólo la "independencia del poder del Estado de cualquier otro poder, tanto a nivel externo (en las relaciones exteriores), como en los asuntos internos".[44] La soberanía (probablemente) ya no se entienda así en cualquier país democrático tradicional, y en sentido estricto, en ningún país, incluidos los Estados Unidos, se reproducen todos los elementos que la teoría clásica reconoció a la soberanía. Si entendemos la soberanía en su concepto tradicional, "una obligación internacional privaría al Estado de parte de su soberanía". Por lo tanto, para el Tribunal que seguimos, la "soberanía nacional" significa, sobre todo, la existencia de un gobierno legítimo que tiene a su disposición el poder formal para elegir entre distintas alternativas disponibles, y no que tenga que obedecer a los dictados de una potencia extranjera. 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*

43 *Idem*, pfo. 105: "The global scene can no longer be seen only as a world of isolated states. It is generally accepted that the state and its sovereignty are undergoing change and that no state is such a unitary, separate organization as classical theories assumed in the past".

44 *Idem*, párrafo 107: "Thus, from a modern constitutional law viewpoint, sovereignty need not mean only «independence of the state power from any other power, both externally (in foreign relations), and in internal matters»".

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

quien negocian activamente, y cuyos intereses nacionales son tenidos en cuenta.[45]

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".[46] En consecuencia, cuando el Tribunal reflexiona sobre los límites de la "transferencia de determinadas competencias a una organización o institución internacional" que permite el artículo 10.a de la Constitución checa, ubica dichos límites en los "aspectos fundamentales de un Estado soberano democrático de derecho".

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. En otras palabras, los primeros años del siglo que, en suerte o desgracia nos tocan vivir, son *años de crisis* que si algo enseñan es que el contrapeso a la globalización lejos está de encontrarse en los Estados nacionales o los esfuerzos estatales individuales. Todo lo contrario, se hallan en la constitución de bloques estratégicos que permitan aumentar, sumando voluntades estatales, la capacidad de negociación con otros bloques.

45 *Idem*: "In other words, for a nation-state just as for an individual within a society, practical freedom means being an actor, not an object. For a state that is in a tightly mutually interdependent system, *practical sovereignty consists in being understood as a player to whom neighboring states listen, with whom they actively negotiate, and whose national interests are taken into consideration*" (resaltado en el original).

46 *Idem*, párrafo 108: "The EU's integration process is not taking place in a radical manner that would generally mean the "loss" of national sovereignty; rather, it is an evolutionary process and, among other things, a reaction to the increasing globalization in the world".

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Pernice y Mayer dan su visión del proceso que reseñamos. El ejercicio común de lo que persiste de la soberanía en la era de la globalización, afirman, parece ser un instrumento razonable para reencontrar espacios de acción. La participación en la integración europea "se convierte, en sí misma, en una condición esencial del ejercicio (efectivo) de la soberanía de cada Estado miembro". Ambos autores se preguntan si quizás, en razón de lo anterior, no estamos en presencia del inicio de una concesión al ejercicio de una "soberanía dividida o compartida (*sovranità suddivisa o condivisa*)" entre varios niveles de acción política. A lo que responden que podría pensarse mejor en destacar el carácter compuesto de la soberanía en Europa, echándose mano al concepto de "soberanía europea integrada (*sovranità europea integrata*)" el cual refleja las particularidades propias de la constitución europea que promueven, dejando de lado "la conflictiva cuestión de la presunta esencia monolítica de la soberanía de donde derivaría la imposibilidad de ser compartida".[47]

Otro tanto se debe decir sobre la segunda corriente que inaugura la fase descendente. La creación —ya se dijo— de organismos internacionales de control encargados de interpretar el alcance de los derechos y garantías reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos va a desarrollar *nuevos parámetros de control* que nos permiten hablar de una universalización de los derechos humanos. La soberanía como expresión absoluta de la Nación, no podrá oponerse al cumplimiento de una obligación internacional en materia de derechos humanos, al control de sus políticas de Estado y de su derecho interno.

La Corte Interamericana, por ejemplo, en su jurisprudencia y resoluciones, *rechaza* abstractas invocaciones a la soberanía para justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados que han ratificado la CADH. En efecto, para oponerse al ejercicio de su jurisdicción en materia contenciosa, se llegó a argumentar en contra de la Corte Interamericana que "existen aspectos inherentes a la soberanía de los Estados y de los

47 Pernice, Ingolf y Mayer, Franz C., "La costituzione integrata...", *cit*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

individuos que la componen o conforman que no pueden renunciarse sin afectar el orden público". En consecuencia, el Estado denunciado alegó que

> es una República soberana y con pleno derecho de dictar las leyes necesarias para reprimir los delitos cometidos en su territorio por nacionales o extranjeros… la decisión soberana de cualquier organismo jurisdiccional del Perú no puede ser modificada y menos aún dejada sin efecto por ninguna autoridad nacional, extranjera o supranacional… que los ilícitos penales que cometan los nacionales y extranjeros en el territorio peruano, son sancionados por los tribunales competentes del país y lo que éstos resuelven es definitivo.[48]

A las consideraciones precedentes, la Corte Interamericana contestó que al suscribir y ratificar la CADH, el Estado parte

> aceptó las obligaciones convencionales consagradas en ésta en relación con todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. No sobra decir que el Perú, al igual que los demás Estados Parte en la Convención, aceptó ésta precisamente en el ejercicio de su soberanía… Al constituirse como Estado parte en la Convención, el Perú admitió la competencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y por ende se obligó, también en ejercicio de su soberanía, a participar en los procedimientos ante la Comisión y la Corte y asumir las obligaciones que derivan de éstos y, en general, de la aplicación de la Convención.[49]

La misma Corte, al fundamentar el dictado de medidas provisionales[50] dejó en claro que, un Estado *desconoce* los principios que imperan en el derecho internacional y en el sistema intera-

48 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros*, Excepciones Preliminares, sentencia de 4 de septiembre de 1998, serie C, núm. 41, pfo. 100.

49 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros*, Excepciones Preliminares, sentencia de 4 de septiembre de 1998, serie C, núm. 41, pfos. 101 y 102. En el mismo sentido, *Caso Cesti Hurtado*, Excepciones Preliminares, sentencia de 26 de enero de 1999, serie C, núm. 49, pfo. 45.

50 *Cfr*. artículo 63.2 (CADH).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mericano, al afirmar que decide en "forma discrecional y autónoma" si cumple o no las decisiones de la Corte Interamericana.[51] A lo que agrega que sería inadmisible subordinar el mecanismo previsto en la CADH "a restricciones que hagan inoperante la función del Tribunal y, por lo tanto, el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en la Convención". A través de los instrumentos de aceptación de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 CADH), adoptados soberanamente, los Estados, "reconocen el derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción".[52]

El Estado había invocado para justificar su incumplimiento "la inmunidad de la soberanía de los Estados asociados que forman el subsistema interamericano de Derechos Humanos" respecto a la O.E.A, lo cual "determinan las limitaciones cualitativas" de los órganos del sistema interamericano en sus actuaciones respecto a los Estados partes. Para el Estado involucrado en el proceso, el artículo 68 (CADH) que dispone que las decisiones de la Corte Interamericana son obligatorias, no significa que lo sean "de manera automática o incondicional", sino que deben cumplir, entre otros requisitos, que "el dispositivo de la sentencia no vulnere los principios básicos que definen, a través de la Constitución, los fundamentos existenciales del orden jurídico político del Estado, del cual se pretende la ejecución de la decisión". Frente a este criterio, se sostiene, no es posible alegar la primacía del derecho internacional de los derechos humanos pues, se trata de un requisito "irrenunciable" por "razones de soberanía".[53]

51 Corte IDH, *Casos: Liliana Ortega y otras; Luisiana Ríos y otros; Luis Uzcátegui; Marta Colomina y Liliana Velásquez*, resolución de 4 de mayo de 2004, medidas provisionales respecto de Venezuela, pfo 7.

52 *Ibidem*, pfo. 8.

53 *Ibidem*, pfo. 11.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

VII. Conclusiones

Nos preguntamos si vivimos un final de época, un cambio de paradigmas respecto al derecho y en particular, al derecho constitucional clásico. Imposible encontrar una respuesta satisfactoria aún, lo único cierto parece ser que el mundo ya no es lo que supo ser, esto es una geografía universal dividida en parcelas autorreferentes. Los ordenamientos jurídicos en su orígenes fueron concebidos como una *unidad* a partir de consagrar un intérprete final de las normas con pretensión de validez en dicho sistema. El pluralismo jurídico actual parece haber sacrificado dicha unidad, generado *normas interconectadas* a materias comunes como los derechos humanos lo cual representa, al mismo tiempo, crear una comunidad de intérpretes que pujan por tener la última palabra. El presente jurídico en poco se parece al pasado pero sin duda mantiene la misma naturaleza problemática en su estudio. Nuevos problemas remplazan a los precedentes, el desafío queda entonces planteado: medir el impacto de la globalización es una forma de intentar resolverlos.

Aun siendo pocas las certezas, parece claro que el observador contemporáneo no puede actuar como si nada hubiese cambiado, como si el mundo continuara siendo el mismo en que se presumía que la sombra del Estado-Nación cubría en absoluto su territorio. Sería como persistir en la existencia de imperios nacionales en donde se presume que el sol nunca se pone.

VII. Bibliografía

Arendt, Hannah, *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2006.

Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2006.

Bodino J., *Los seis libros de la República*, Madrid, Aguilar, 1973.

Cassese, Antonio, "Lo Stato e la comunitá internazionale", en Branca, Giuseppe, *Commentario della Costituzione*, Bolo-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

gna, Nicola Zanichelli Editore, Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano 1982.

CASSESE, Sabino, "L'Unione Europea come organizzazione pubblica composita", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Milano, Giuffré editore, año X, núm. 5, 2000.

DÍAZ RICCI, Sergio M., *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires, EDIAR, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", *ISONOMÍA*, núm. 9, octubre de 1998.

GARCÍA GESTOSO, Noemí, "Algunas cuestiones sobre la soberanía en el proceso de integración europea", *Revista de Derecho Político*, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), núm. 57, 2003.

———, "Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a los seis libros de la república de J. Bodino", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 120, abril-junio de 2003.

———, *Soberanía y Unión Europea. Algunas cuestiones críticas desde la Teoría de la Constitución*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2004.

HELLER, Hermann, *La soberanía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

PÉREZ CALVO, Alberto, "Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa comunitaria", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 99, Nueva Época, enero-marzo de 1998.

PIZZOLO, Calogero, *Derecho e integración regional*, Buenos Aires, EDIAR, 2010.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, "Tribunales constitucionales y derecho comunitario", *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez De Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993.

ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Porrúa, 1992.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

RUBIO LLORENTE, Francisco, "El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, núm. 48, 1996.

SACERDOTI, Giorgio, "L'Italia e la comunitá internazionale", *La Costituzione italiana. Il disegno originario e la realtá attuale*, Milano, Dott. A. Giufré Editore, 1990.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992.

SIMSON, Werner von y SCHWARZE, Jorge, "Integración europea y Ley Fundamental. Mastrique y sus consecuencias para el derecho constitucional alemán", *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

TAJADURA TEJADA, Javier, "¿El ocaso de Westfalia? reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 123, Nueva Época, enero-marzo de 2004.

VEGA GARCÍA, Pedro de, "Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 100, abril-junio de 1998.

———, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir en *offset* el 29 de agosto de 2014 en los talleres de Gráfica Premier S. A. de C. V. Prolongación 16 de septiembre 151, casa 14 B, col. Tablas de San Lorenzo, delegación Xochimilco, 16090 México, D. F. Se utilizó tipo *Times New Roman* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural de 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 154 kilos para los forros; consta de 500 ejemplares

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas